التأمينات الشخصية والعينية

دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز

تأليف

الدكتور توفيق حسن فرج

أستاذ القانون المدني
عميد كلية الحقوق (سابقا)
والمحامي لدى محكمة النقض

مؤسسة الثقافة الجامعية
٤٠ شارع الدكتور مصطفى مشرفة ت ٣٥٢٢٤
الاسكندرية

التأمينات الشخصية والعينية

دراسة لعقد الكفالة والرهن والاختصاص والامتياز

تأليف

الدكتور توفيق حسن فرج

أستاذ القانون المدني

عميد كلية الحقوق (سابقاً)

والمحامي لدى محكمة النقض

مؤسسة الثقافة الجامعية

٤٠ شارع الدكتور مصطفى مشرفة ت ٣٥٤٤٤

الاسكندرية

تمهيـــــــد

١ ـ الحقوق العينية الأصلية والتبعية :

تنقسم الحقوق العينية الى حقوق عينية اصلية وحقوق عينية تبعية . والحقوق العينية الاصلية هي حقوق تخول صاحبها سلطات مباشرة على الشيء تمكنه من استعماله واستغلاله بالتصرف فيه . وقد يكون لصاحب الحق كل هذه السلطات او بعضها ، بحسب اختلاف مضمون الحق . وتسمى الحقوق العينية بالاصلية نظرا لأن لها وجودا مستقلا ، فهي تقصد لذاتها ولا تقوم ضمانا لحق آخر ، وتشمل هذه الحقوق حق الملكية والحقوق المتفرعة عنه ،وهي حقوق الانتفاع ، والاستعمال ،والسكنى ،والحكر ، والارتفاق .

اما الحقوق العينية التبعية فهي ايضا تخول صاحبها سلطات مباشرة على شيء معين ، ولكنها لاتقوم بذاتها مستقلة ، بل تستند الى حق شخصي وتقوم ضمانا للوفاء به ، ثم انها من جهة اخرى لاتخول صاحبها سلطة استعمال الشيء أو استغلاله او التصرف فيه ، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية الاصلية ، ولكنها توجد ضمانا لحق شخصي ، وتخول صاحبها استيفاء حقه من ثمن الشيء الذي ترتب عليه الحق العيني التبعي ، متقدما في ذلك على غيره من الدائنين ، كما تخوله تتبع الشيء اذا ماانتقل من ملكية المدين الى ملكية غيره . وتشمل الحقوق العينية التبعية حق الرهن وحق الاختصاص وحقوق الامتياز . واذا كانت هذه الحقوق تقوم ضمانا لحق شخصي ، فان الغرض من ذلك هو اعطاء الدائن تأمينا يجعله في مأمن من خطر عدم استيفاء حقه . ومن هنا تبدو أهمية الحقوق العينية التبعية ، او التأمينات .

٢ ـ أهمية التأمينات بالنسبة للدائن والمدين (١) :

لاتكفي القواعد العامة لحماية الدائن اذ قد يتعرض حقه لخطر عدم امكان استيفائه ، اذا لم يكن له ضمان او تأمين ييسر له سبيل الحصول عليه . ذلك انه اذا كان الاصل ان جميع اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه ، وهذا مايسمى بالضمان العام ، فلكل دائن حل اجل أداء حقه ان يقوم باستيفائه جبرا عن المدين اذا لم يقم هذا الاخير بأدائه مختارا . ويستطيع

---

(١) انظر في هذا الموضوع : مازو:

Mazeaud(Henri,Léon et Jean): Leçons de Droit Civil,5e éd.par Chabus, t.3, Vol.1 No 2, P.5. V.aussi: Marty et Raynaud: Droit Civil, t 3, Vol.1 : Les Suretés,(1971),No.1,P.1.

الدائن ان يتخذ اجراءات التنفيذ على اى مال من اموال المدين يكون موجودا فى ذمتـه وقت التنفيذ . فذمة المدين هى الضامنة للوفاء بديونه . وجميع الدائنين يتساوون فى هـذا الصدد . ولكن اذا كان للدائن ضمان عام على اموال المدين ، الا أنه يتعرض مع ذلـك لخطر مزدوج :

(١) ذلك ان مجرد المديونية لايغل يد المدين عن التصرف فى أمواله ، فيستطيـع ان يبددها كلها أو بعضها ، منذ نشوء الدين الى ان يحين اجل الوفاء به وبذلك يضعـف الضمان العام . بل وقد يأتى الدائن وقت الوفاء ولا يجد فى ذمة مدينه مايكفى للوفاء بحقـه . واذا كان المشرع قد عمل على حماية الدائن من انقاص الضمان العام لمدينه بما وضعه مـن أنظمة قانونية ، الا أنها مع ذلك لاتكفل له الحماية الكاملة ، فللدائن ان يلجأ الى اتخـاذ اجراءات تحفظية حماية للضمان العام[١] . وفضلا عن ذلك فان الدائن يستطيع المحافظة علـى الضمان العام عن طريق الدعوى غير المباشرة والدعوى البوليصية ، ودعوى الصـورية[٢] . ومع ذلك فان هذه الأنظمة القانونية التى يخولها القانون للدائن لاتوفر له الضمان الكافـى ، خاصة وأنه قد توجد حالات لاتتوافر فيها شروط استعمال الدعاوى . وفى هذه الحـالات لايكون للدائن أى حق ، متى كان تصرف المدين دون غش ، الا على مايبقى فى ذمة المديـن عند التنفيذ ، فليس له حق التتبع ، وبذلك تخرج الاموال التى تصرف فيها المدين من الضمان العام ولا يمكن تتبعها .

(٢) ويتعرض الدائن لخطر آخر هو مزاحمة باقى الدائنين . ذلك أن مجرد المديونية لايمنع المدين من عقد ديون اخرى . فيأتى الدائنون الجدد ويزاحمون الدائنين السابقين . وهذا من شأنه ان ينقص الضمان العام . وقد لاتكون اموال المدين كافية للوفاء بديونـه فتقسم بين الدائنين قسمة غرماء ، بنسبة نصيب كل منهم[٣] .

ولكى يتلافى الدائن ذلك ، فقد وضع القانون أنظمة أو ضمانات تمكنه من استيفاء حقه . هذه الضمانات هى ماتسمى بالتأمينات . فالدائن الذى يتمتع بتأمين لايتعرض لخطـر

---

(١) انظر المواد ٣١٦ ومابعدها من قانون المرافعات . وانظر كذلك المواد ٤٢ و ٨٧٦ و ٨٧٧ و ٨٨١ من القانون المدنى .

(٢) انظر المواد ٢٣٥ وما بعدها من القانون المدنى . وانظر كذلك : Marty et Raynaud المرجع السابق بند رقم ٢ ص ٢ .

(٣) مازو : المرجع السابق بند ٢ ص ٥ . مارتى ورينو : المرجع السابق ، بند ٢ ص ٢ .

اعسار مدينه ، بل انه يوضع فى مركز يضفى عليه حماية أكثر ، غالبا مايمكنه من الحصول على حقه . والتأمينات التى يمكن ان يتمتع بها الدائن وتجعله فى مركز أفضل من غيره من الدائنين العاديين ، لابد لها من سبب خاص يقررها ، وقد يكون هذا السبب الخاص هو الاتفاق أو القانون او القضاء . هذا المركز الممتاز الذى يوضع فيه الدائن يثبت له الى جانب حقه فى الضمان العام المقرر له على أموال مدينه . فالدائن لايفضل على غيره من الدائنين الا فى حدود مايكون له من تأمين خاص واذا كان يترتب على ذلك أنه يدخل بما يتبقى له مع غيره من الدائنين العاديين ويخضع لقسمة الغرماء ، فانه ينبغى أن يراعى من ناحية أخرى ان مايتبقى من الاموال المخصصة للوفاء بحقه ، والتى تقرر له عليها تأمين خاص ، تدخل فى الضمان العام ويستطيع الدائنون الآخرون التنفيذ عليه (١) .

ـ واذا كان للتأمينات أهميتها بالنسبة للدائن على النحو السابق فان لها أهميتها كذلك بالنسبة للمدين ، ذلك أن المدين لايستطيع أن يجد الائتمان أو الثقة لدى الاشخاص

(١) ومع ذلك فانه ينبغى ان يراعى أنه توجد حالات لايكون فيها للتأمينات ضرورة ويتحقق هذا فى الحالات التى يتمتع فيها الدائن بمركز متميز يمكنه من الحصول على مايعادل التأمينات او الضمان من الناحية العملية . فى مثل تلك الحالات يتمتع الدائن بمركز يخوله حق الافضلية من الناحية العملية ، وهذا مايكون عندما يتمتع الدائن بدعوى مباشرة (une action directe) ، حيث لايخضع الدائن لمزاحمة غيره من الدائنين ، خاصة اذا كان المدين معسرا ، اذ يتلافى الدائن الخضوع لقسمة الغرماء . ويتحقق هذا ايضا فى حالة مااذا كان الدائن مدينا لمدينه ، عندما تتوافر بالنسبة له شروط المقاصة حيث ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما ، اذ يعد هذا بمثابة امتياز حقيقى للدائن الذى يحصل على حقه عن هذا الطريق ، وهو طريق معادل للوفاء . كما يبدو هذا ايضا فى الحالة التى تتوافر فيها شروط الفسخ فى العقود . ففى البيع مثلا اذا لم يقم المشترى بالوفاء بالثمن ، وكان فى حالة اعسار ، فان للبائع ان يطلب الفسخ ، ويعاد وضع البائع الى ماكان عليه رغم اعسار المشترى ، فى الوقت الذى يتعرض فيه باقى دائنى المشترى لمخاطر اعساره . ففى الفسخ يعاد الوضع الى ماكان عليه ويسترد كل متعاقد ماأعطى ويتحقق هذا حتى فى مواجهة الغير .

ولا شك انه فى حالة الدفع بعدم التنفيذ فى العقود التبادلية ، يتوافر للدائن ضمان حقيقى . وهذا مايكون كذلك فى حالة الحق فى الحبس ، حيث يتوافر ضمان محقق . (انظر فى هذا الموضوع كذلك : مارتى ورينو : المرجع السابق بند ٣ ـ ٥ ص ٣ ـ ٤) .

الذين يحتمل أن يتعاقدوا معه ، الا اذا كان من المحقق انهم سيحصلون على حقوقهم عند حلول ميعاد الوفاء ، وهذا مايتحقق اذا ماقدم لهم تأمينا يطمئنهم . ومن ناحية أخرى فان احتمال استيفاء الدائن حقه كاملا ، وبسهولة ، عند حلول الاجل عن طريق مايمنح من تأمينات ييسر للمدين الحصول على شروط افضل باقل شدة وصرامة ، فيستطيع مثلا أن يحصل على سعر فائدة اقل مما لو لم يكن قد قدم تأمينا . كما يستطيع ان يحصل على آجال للوفاء بديونه وشروط ميسرة للسلعة التي تباع بالأجل .

٣ - الأنواع المختلفة للتأمينات : (١)

ويمكن تقسيم التأمينات من حيث مصدرها الى تأمينات اتفاقية (Suretés Conven-tion nelles) مصدرها الاتفاق ، وتأمينات قانونية (Suretés Légales مصدرها القانون ، وتأمينات قضائية Suretés Judiciares . والتأمينات الاتفاقية تنشأ بارادة الطرفين ، مع مراعاة انه ليس لهما أن ينشئا الا التأمينات التي يضع القانون نظامها ، فلا يستطيعون الاتفاق على انشاء تأمينات لم يبينها القانون . والتأمينات القانونية مصدرها المباشر هو القانون الذي يضع الدائن او صاحب الحق في مركز ممتاز ، تلقائيا دون تدخل من ارادته ، اما القضائية فهي تتقرر بأمر من القضاء .

وتنقسم التأمينات الى تأمينات عامة Généralles وتأمينات خاصة Spéciales بحسب مااذا كانت واردة على مال معين من اموال المدين ، او مااذا كانت واردة على جميع اموال المدين .

على أن اهم تقسيم يعنينا الآن هو تقسيم التأمينات الى تأمينات شخصية وتأمينات عينية . ذلك انه لكي يتلافى الدائن اعسار مدينه ومزاحمة باقي الدائنين ، وتتسع امامه فرص الحصول على حقه ، قد يتطلب من المدين تقديم شخص آخر يوافق على ضمان الوفاء . وينشأ التأمين في هذه الحالة من ضم مدين او اكثر الى المدين الاصلي ، بحيث انه اذا أعسر احدهم كان امام الدائن فرصة الرجوع على الآخرين . ويكون ذلك كما في حالة التضامن بين المدينين (مادة ٢٨٤ مدني وما بعدها) وكما في حالة عدم قابلية الالتزام للانقسام (مادة ٣٠٠/٢ مدني) وفي حالة الكفالة .

---

(١) انظر في هذا الموضوع : مازو : دروس في القانون المدني ، المرجع السابق بند ٣ ، ٤ ، ص ٦ .

على أنه ينبغي أن يراعى ان التأمينات الشخصية اذا كانت تعتمد على اضافة مدينين آخرين الى المدين الاصلي ، وتقلل بذلك من المخاطر على الدائن الذي تتسع امامه فرص امكان استيفاء حقه من أكثر من شخص بدلا من مدين واحد فقط ، فان من المتصور ان يعسر هؤلاء المدينون جميعا ، فيتحقق بذلك الخطر بالنسبة لحق الدائن . ولهذا فان من الافضل الالتجاء الى التأمينات العينية ، لأنها تعطى الدائن حقا على شيء معين يكون له عليه الافضلية والتتبع .

وبالاضافة الى التأمينات الشخصية السابقة اعطى القانون الدائن نوعا آخر من التأمينات هو الحق في الحبس . ويكون للدائن بمقتضاه ان يحبس مالا مملوكا لمدينه حتى يستوفى منه حقه . وقد نصت المادة ٢٤٦ مدني ان " ١ – لكل من التزم بأداء شيء معين أن يمتنع عن الوفاء به ، مادام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مترتب عليه بسبب التزام المدين ومرتبط به ، او مادام الدائن لم يقم بتقديم تأمين كاف للوفاء بالتزامه هذا . ٢ – ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة ، فان له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفى ما هو مستحق له ، الا أن يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

اما التأمينات العينية فانها تقوم على تخصيص مال معين كتأمين للوفاء بالدين ، بالافضلية على الدائنين الآخرين ودون التعرض لقسمة الغرماء ، ويكون للدائن ان يتتبع الشيء في اى يد كان ليستوفى حقه ، ولا يتعرض بذلك لاعسار المدين ، لأنه يستطيع أن يستوفى دينه مباشرة من المال المخصص للوفاء به . وقد أحس الرومان بذلك فقرروا أن الاشياء تعد أكثر ضمانا من الاشخاص (plus est cautionis in re quam in persona) او بعبارة أخرى يمكن القول بأن التأمين العيني يعد اكثر ضمانا للدائن من التأمين الشخصي .

٤ – حصر الانواع المختلفة للتأمينات الشخصية والعينية :

اذا كانت التأمينات الشخصية تتعدد على النحو السابق فان مجال دراستها هو نظرية الالتزامات ، عدا الكفالة ، وقد عالجها القانون المدني في المادة ٧٧٢ وما بعدها .

اما التأمينات العينية ، او الحقوق العينية التبعية ، فانها تشمل الرهن بنوعيه الرسمي والحيازي ، والاختصاص والامتياز . وقد اوردها القانون المدني في الكتاب الرابع

من القسم الثاني في المادة ١٠٣٠ وما بعدها حيث تكلم عن الرهن الرسمي ، ثم عن حق الاختصاص ، ثم الرهن الحيازي، واخيرا حقوق الامتياز.

وستعرض فيما يلي لدراسة التأمينات الشخصية والعينية ، حيث نتكلم عنها في قسمين نخصص القسم الاول لدراسة التأمينات الشخصية ، وسنقتصر على دراسة الكفالة . وفي القسم الثاني ندرس التأمينات العينية طبقا لما أورده القانون المدني في هذا الصدد .

القسم الأول

التأمينات الشخصية

(الكفالة)

(Cautionnement)

• ـ تمهيد : رأينا أن التأمينات الشخصية تقوم على تعدد المدينين عن طريق اضافة مدين أو اكثر الى جانب المدين الاصلى ، بحيث يتسنى للدائن ـ ان لم يوف له المدين الاصلى فى الميعاد ـ ان يرجع على الآخرين . ورأينا كذلك الى جانب هذه الحالة صورة اخرى تكلم عنها المشرع كوسيلة من وسائل الضمان وهى الحق فى الحبس . على انه ينبغى ان يراعى بصدد التأمينات الشخصية بصفة عامة انها اذا كانت لاتيسر للدائن فى بعض الاحيان الحصول على حقه ، وأن التأمينات العينية تفضلها فى هذا الصدد ، كما قدمنا ، الا أنها لم تفقد كل أهميتها ، فلا زال يلتجأ اليها كثيرا ، بل وقد ازدادت اهميتها فى الوقت الحاضر نظرا لبعث روح التعاون فى المجتمعات الحديثة . فالبنوك تقوم بضمان عملائها لتيسر لهم الحصول على الائتمان اللازم وكذلك الجمعيات التعاونية تتقدم بالضمان لكى تيسر على أعضائها الحصول على مايلزمهم فى حدود أغراضها .

وسنعرض فيما يلى لدراسة الكفالة (١) ، فنبدأ فى باب تمهيدى بتعريفها ، ثم نعرض خصائصها ونميز بينها وبين الانظمة الاخرى القريبة منها ، كما نتكلم عن مصادرها وشروط الكفيل .. وفى باب ثان نتكلم عن انعقاد الكفالة ، وفى باب ثالث عن آثارها ، ثم نعرض لانقضائها فى باب أخير .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : عبد الفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية ١٩٥٠ ، ص ٢٧ وما بعدها . سليمان مرقس : عقد الكفالة ١٩٥٩ . منصور مصطفى منصور : عقد الكفالة ١٩٦٠ . عبد الودود يحيى : عقد الكفالة ١٩٦١ . وانظر كذلك : توفيق فرج : دروس فى التأمينات الشخصية والعينية على الآلة الناسخة (١٩٦٤ ـ ١٩٦٥ وما ورد فيها عن الكفالة . السنهورى : الوسيط ، الجزء العاشر فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٧٠ بند ١١ وما بعده . رمضان ابو السعود : الوسيط فى التأمينات الشخصية والعينية ١٩٨٠ ـ القسم الاول ص ٣٥ وما بعدها . نبيل سعد : التأمينات العينية والشخصية ١٩٨٢ ص ٢٤٧ وما بعدها . وانظر ايضا : مازو : دروس فى القانون المدنى ، المرجع السابق بند رقم ٧ وما بعده . مارتى ورينو : القانون المدنى ـ التأمينات ، المرجع السابق (جـ ٣ مجلد ١ بند ٣٧ ٥ وما بعده .

٦ ـ تقسيم : نبدأ في هذا الباب بتعريف الكفالة وتوضيح خصائصها ، ثم نميز بينها وبين الانظمة القانونية الاخرى القريبة منها ، ونتكلم بعد ذلك عن مصادرها من حيث التزام المدين بتقسيمها ، ثم نعرض اخيرا لشروط الكفيل .

الفصل الاول : التعريف بالكفالة وبيان خصائصها

٧ ـ التعريف بالكفالة : نصت المادة ٧٧٢ مدني على أن : " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام اذا لم يف به المدين نفسه "(١) . ومن هذا التعريف يتضح ان الكفالة عقد . هذا العقد يتم بين شخص يسمى الكفيل وبين الدائن ، يتعهد فيه الكفيل بأن يفي للدائن بالالتزام الذي له في ذمة مدينه اذا لم يقم هذا المدين بالوفاء به . فالكفيل يلتزم مباشرة قبل الدائن . وتتم الكفالة بينهما بمجرد اتفاقهما ، دون حاجة الى رضاء المدين ، اذ المدين ليس طرفا في عقد الكفالة .

---

(١) ويلاحظ على نص المادة ٧٧٢ انه عرف " الكفالة بانها عقد بمقتضاه يكفل .. " وكلمة يكفل بعد " كفالة " غير مستساغة من حيث اللغة ولهذا نجد ان التعريف الذي اختاره الفقه الاسلامي بأن " الكفالة ضم ذمة الى ذمة " يتلافى ذلك . وهو ماحذت حذوه التقنينات العربية الحديثة كالتقنين الكويتي اذ يعرف الكفالة بأنها " عقد بمقتضاه يضم شخص ذمته الى ذمة المدين في تنفيذ التزام عليه ، بأن يتعهد للدائن بأدائه اذا لم يؤده المدين (مادة ٧٤٥ مدني كويتي) . وقد نحا القانون العراقي هذا النحو في التعريف . فهو يعرف الكفالة بأنها " ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ التزام " (م ١٠٠٨ مدني عراقي) . كما تلافى قانون الموجبات والعقود اللبناني ذلك ايضا بتعريف الكفالة على انها " عقد بمقتضاه يلتزم شخص تجاه الدائن تنفيذ موجب مديونه ، اذا لم يقم هذا المديون بتنفيذه " . وانظر كذلك المادة ٨٣٩ من مرشد الحيران اذ يعرف الكفالة أنها " ضم ذمة الاصيل في المطالبة بنفس او دين او عين " .

والكفالة على هذا النحو هي الكفالة بالمال ، اي بأداء مال (م ٦١٤ مجلة . ويعرف الفقه الاسلامي الكفالة بالنفس ، وهي الكفالة بشخص احد (م ٦١٣ مجلة) . والمضمون في الكفالة بالنفس هو احضار المكفول . فان اشترط في الكفالة تسليمه في وقت معين ، يجبر الكفيل على احضاره وتسليمه للمكفول له في الوقت المعين ان طلبه (م ٨٤٨ مرشد الحيران . وانظر كذلك م ٦٤٢ مجلة . و ١٠١٢ مدني عراقي . وقد جاء في هذا النص الاخير انه " ان احضره يبرأ من الكفالة وان لم يحضره ، جاز للمحكمة ان تقضي على الكفيل بغرامة تهديدية ، مالم يظهر عجزه وعدم اقتداره على احضار المكفول به " . ويتضح من هذا ان الكفالة بالنفس على هذا النحو تعد التزاما بعمل معين هو احضار المكفول (المدين) يوم حلول الدين . وقد يتعهد الكفيل بأن يحضر المكفول في وقت معين ، وان لم يحضره في الوقت المذكور فعليه اداء دينه ، فانه يلتزم بأداء الدين اذا لم يحضره (انظر م ٦٥١ مجلة . والمادة ١٠١٩ مدني عراقي . وانظر كذلك المواد ٨٤٨ وما بعدها من مرشد الحيران . وانظر في هذا الموضوع كذلك المواد ٦٨ [illegible] من قانون الموجبات والعقود اللبناني .

ومن هذا يتبين انه لكى تقوم الكفالة يجب ان يوجد التزامان : التزام اصلى يقوم بين دائن ومدينه ، والتزام آخر هو التزام الكفيل قبل الدائن بوفاء ماالتزم به المدين الاصلى اذا لم يقم هذا المدين بالوفاء . والتزام الكفيل التزام تبعى ، يقوم تبعا للالتزام الاصلى ولضمان الوفاء به . فهناك اذن علاقة اصلية بين دائن ومدين ، وعلاقة تبعية بين الدائن نفسه وشخص آخر هو الكفيل . وبناء على ماتقدم يمكننا أن نحدد خصائص الكفالة ونبين ماهيتها :

٨ ـ خصائص الكفالة : على ضوء ماتقدم يتضح لنا خصائص الكفالة ،فهى عقد من عقود الضمان ، عقد رضائى ، تابع ، كما أنها عقد ملزم لجانب واحد ، وهى من عقود التبرع ، وهى تعد عملا مدنيا بحسب الأصل . ونعرض لذلك فيمايلى :

(١) الكفالة عقد من عقود الضمان :

ذلك انها تخول الدائن حق الضمان العام ليس فقط على اموال مدينه بل وايضا على أموال الكفيل ، اذ يلتزم الكفيل التزاما شخصيا قبل الدائن . فهى ضم ذمة الى ذمة طبقا لتعريف الفقه الاسلامى . وبهذا يكون للدائن ضمان أوسع نطاقا . فبدلا من مدين واحد يصير له مدينان ، بذمتين ماليتين تضمنان الوفاء بدينه (١) .

(٢) الكفالة عقد رضائى : تنعقد الكفالة بتراضى الطرفين ـ الدائن والكفيل ـ ويكفى التراضى لانعقادها دون استلزام شكل خاص . ومع ذلك فان المادة ٧٧٣ مدنى تقضى بأنه " لاتثبت الكفالة الا بالكتابة ، ولوكان من الجائز اثبات الالتزام الاصلى بالبينة " . فالكتابة تلزم هنا للاثبات فقط ، لا للانعقاد . اى أنه يمكن ان تنعقد الكفالة دون كتابة ، وكل ماهناك تثار مسألة اثباتها . وهو مايمكن ان يتم عن طريق الاقرار واليمين . فالشكلية هنا للاثبات ، وليست للانعقاد ، وهذا واضح من عبارة القانون نفسه اذ ينص على ان الكفالة " لاتثبت " ولم يستعمل كلمة " لاتنعقد " .

(٣) الكفالة عقد تابع :

ذلك انها تقوم ـ كما رأينا ـ ضمانا لحق الدائن قبل مدينه ، فاذا قام التزام المدين ، وهو الالتزام الاصلى ـ قامت الكفالة تبعا له لكى تضمن الوفاء به . اما اذا لم يقم الالتزام الاصلى ، فلا تقوم الكفالة . واذا قام الالتزام الاصلى ثم انقضى ، انقضت الكفالة تبعا له ، باعتبار ان التابع يتبع الاصل .

---

(١) ولهذا تعرف المادة ٦١٨ من مجلة الاحكام العدلية الكفيل ، بأنه " هو الذى ضم ذمته الى ذمة الآخر،اى تعهد بما تعهد به الآخر،ويقال ذلك الآخر الاصيل والمكفول عنه " . وانظر كذلك المادة ٦١٢ من المجلة فى تعريفها للكفالة .

على أنه اذا كان التزام الكفيل التزاما تابعا ، فليس معنى هذا أنه يتحد في خصوصه مع الالتزام الاصلي . ذلك ان الالتزام الاصلي قد يختلف في موضوعه وفي سببه ، اذ قد يكون التزاما بدفع مبلغ من النقود او التزاما بعمل اوبامتناع عن عمل . وقد يكون مصدره العقد أو الفعل النافع أوالضار .. ولكن التزام الكفيل ينشأ دائما عن العقد ، عقد الكفالة . اما موضوعه فانه يتمثل في ضمان الوفاء بالالتزام الاصلي . ولا صعوبة في حالة ما اذا كان محل الالتزام الاصلي مبلغا من النقود ، اذ من الممكن ان يقوم الكفيل بالوفاء اذا لم يقم به المدين . أما اذا كان الالتزام الاصلي التزاما بعمل اوبامتناع ، فان التزام الكفيل يتمثل في ضمان قيام المدين بالعمل اوبامتناعه عن القيام به ، والا كان للدائن ان يرجع على المدين بالتعويض عما حاق به من ضرر نتيجة عدم الوفاء بما التزم به . وفي هذه الحالة اذا لم يستطع الحصول على التعويض من المدين كان له الرجوع على الكفيل (١).

ويترتب على اعتبار الكفالة عقدا تابعا نتائج متعددة :

أ ـ اذا وردت الكفالة في عبارات عامة ، فانها تنصرف الى ضمان كافة التزامات المدين حتى الملحقات . وقد نصت على هذا المادة ٧٨١ مدني بقولها : " اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الاولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل (٢) ".

(١) انظر : عبد الودود يحيى : الكفالة بند ٨ ص ١٠ . وفي هذه الحالة يظل التزام الكفيل التزاما تابعا ، اذ يلتزم المدين بالتعويض اذا لم يوف بالتزامه ، ويكون الكفيل ضامنا لما يحكم به من تعويض . وهذا يختلف عن الحالة التي يكون فيها التزام الشخص التزاما اصليا غير تابع لالتزام المدين ، اذ لايكون من يلتزم في مثل هذه الحالة كفيلا ، حتى ولو سمي كذلك . وهذا هو الشأن بالنسبة لما يطلق عليه في الشريعة الاسلامية الكفالة بالنفس ، على مابينا من قبل . اذ يلتزم الكفيل بالنفس التزاما اصليا بعمل معين هو احضار المدين في وقت معين ، فان لم يحضره يلتزم بأداء دينه .

(٢) والنص مطابق للمادة ١٠١٥ عراقي ، والمادة ٧٥٢ مدني كويتي .

ب ـ يترتب على اعتبار التزام الكفيل تابعا انه لايمكن ان يكون أشد وأثقل من التزام المدين الاصلي وتنص المادة ١/٧٨٠ مدني على انه " لاتجوز الكفالة في مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين ، ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول " ، وعلى ذلك مااذا كان الدين الاصلي لايغل فائدة فان التزام الكفيل ينبغي ان يكون كذلك ، واذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط او مقترنا بأجل اخذ التزام الكفيل الاوصاف نفسها (١) ، فلا يكون التزامه بسيطا غير موصوف ، وفضلا عن ذلك فان التزام الكفيل ينبغي الا يتجاوز في مقداره ماهو مستحق على المدين ، اذ لاتجوز الكفالة في مبلغ اكبر من المبلغ الاصلي .

ويترتب على فكرة التبعية ان التزام الكفيل اذا تجاوز التزام المدين ، سواء في مقداره ام في اوصافه ، فلا يكون باطلا ، بل يكون صحيحا في حدود الالتزام الاصلي ، وكل ماهنالك انه ينقص الى هذه الحدود .

واذا كان التزام الكفيل يتبع التزام المدين الاصلي على هذا النحو، بحيث لايتجاوزه ، فان من الجائز أن تكون الكفالة في مبلغ اقل من الدين الاصلي وبشروط اهون (مادة ٢/٧٨٠ مدني) ، فللكفيل الا يكفل الا جزءا من الدين فقط ، كما أن له ان يكفل بشروط اقل عددا وارهاقا من الالتزام الاصلي ، وله ايضا ان يطلب اجلا ، او اي وصف آخر من اوصاف الالتزام تخفف من التزامه ، حتى ولو كان الالتزام الاصلي غير موصوف ، بل كان بسيطا ، وفي هذه الحالة يقتصر التزامه على الحدود التي التزم بها (٢) ، ولاعتبار التزام الكفيل التزاما تابعا نتائجه كذلك من بعض الوجوه الاخرى سنبينها فيما بعد خلال دراستنا للكفالة .

(٤) <u>الكفالة عقد ملزم لجانب واحد</u> : الاصل أن عقد الكفالة في جوهره من العقود الملزمة لجانب واحد unilatéral ، وهو الكفيل ، وذلك بالنظر الى علاقته بالدائن الذي لايلتزم بشيء قبله ، ومع ذلك فقد يلتزم الدائن بالتزام مقابل ، كالتزامه مثلا بدفع مبلغ من النقود للكفيل في مقابل تحمله بالضمان ، او بمنحه قرضا ، بل قد يكون الالتزام لصاحبه

---

(١) انظر في هذا المادة ١٠٠٤٣ عراقي ، وانظر مقابل هذا النص في المادتين ٨٥٩ ، ٨٦١ من مرشد الحيران ، وانظر كذلك المادة ١/٧٥١ مدني كويتي .

(٢) ويطابق القانون الكويتي القانون المصري (انظر م ٢/٧٥١ كويتي) ، هذا وتنص المادة ١٠١٤ عراقي على انه " اذا تكفل الكفيل بالدين الحال كفالة مؤجلة تأجل على الكفيل والاصيل ، الا اذا أضاف الكفيل الاجل الى نفسه ، او اشترط الدائن وقت الكفالة الاجل للكفيل خاصة ، ففي هاتين الحالتين لايتأجل على الاصيل " ، وهذا النص مأخوذ من الشريعة الاسلامية وهو مطابق للمادة ٨٦٠ من مرشد الحيران .

المدين نفسه كمنحه قرضا جديدا أو أجلا .. وفي مثل هذه الحالة يتضمن عقد الكفالة اشتراطا لمصلحة المدين ، ويعتبر عقدا ملزما للجانبين ـ الدائن والكفيل .

والعبرة في تحديد كون عقد الكفالة ملزما لجانب واحد او ملزما للجانبين تكون دائما بالنظر الى مايرتبه العقد نفسه بين الدائن والكفيل من التزامات ، بصرف النظر شاملا عما قد يلتزم به المدين قبل الكفيل مقابل تدخل هذا الاخير لكفالته .

(٥) الكفالة من عقود التبرع : الاصل ان الكفالة من عقود التبرع بالنسبة للكفيل (١) ، لأنه يلتزم بالضمان قبل الدائن دون مقابل . الا ان صفة التبرع ليست من جوهر الكفالة او مستلزماتها ، فلا مانع من ان يطلب الكفيل مقابلا لتدخله بالضمان . وهذا مايحدث دائما اذا ماقام بالكفالة أحد البنوك وبذلك تكون الكفالة من عقود المعاوضات ، اذ لايكون التزام الكفيل نحو الدائن في هذه الحالة بقصد التبرع .

واذا كان يبدو أن هناك خلافا في الفقه حول وصف الكفالة بأنها عقد تبرع او عقد معاوضة فانه ينبغي النظر اليها دائما في صلة طرفيها ـ الدائن والكفيل . فاذا كان الكفيل يلتزم قبل الدائن دون مقابل كان تبرعا ، واذا ماالتزم الدائن باعطاء الكفيل مبلغا في مقابل تدخله بالضمان كان العقد معاوضة . ولا ينبغي النظر هنا الى صلة الكفيل بالمدين ، وما اذا كان تدخل الكفيل لاسداء خدمة للمدين او بمقابل ، اذ لاينبغي ان نقيم وصف العقد بأنه معاوضة او تبرع على عناصر خارجة في صلة احد اطرافه بالغير . وبعبارة أخرى لاينبغي أن ننظر الى علاقة الكفيل بالمدين من حيث ما اذا كان الكفيل متبرعا او كان تدخله بمقابل . لأن هذا لايظهر أثره الا بعد وفاء الكفيل وعند الرجوع على المدين .

هذا ويراعى أن اعتبار العقد معاوضة او تبرعا يرتب من الآثار مايترتب على التفرقة بين هذين النوعين من العقود ، ويظهر هذا بالنسبة للأهلية التي تستلزم في الكفيل وبالنسبة للدعوى البوليصية او دعوى عدم نفاذ التصرفات .

(٦) الصفة المدنية والتجارية للكفالة : على الرغم من ان التزام الكفيل التزام تابع الا أن هذه التبعية لاتقوم في حالة ما اذا كان الالتزام الاصلي التزاما تجاريا ، اذ يكون التزام الكفيل مدنيا . ان الكفالة من اعمال التبرع ، ولهذا فانها تتخذ صفة العمل المدني حتى

---

(١) انظر المادة ١٠٦٧ موجبات لبناني .

ولو كان الدين المكفول تجاريا ، بل حتى لو كان الكفيل تاجرا ، لأن نية التبرع غريبة عن التجارة . وقد نصت المادة ١/٧٧٩ مدني على ان " كفالة الدين التجاري تعتبر عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا " .

واذا كان استبعاد وصف العمل التجاري عن عقد الكفالة في هذه الحالة يقوم على اعتبار انها اصلا عمل تبرعي ، فانه اذا ماانتفت عنها هذه الصفة تصير عملا تجاريا وذلك كما اذا كان الكفيل تاجرا واحترف كفالة الاشخاص بمقابل ، اذ في مثل هذه الحالة تكون الكفالة عملا تجاريا . وهذا مايحدث مثلا اذا ماقام احد البنوك بضمان احد العملاء نظير مقابل يتقاضاه البنك .

ومع ذلك فان المشرع قد نص على حالة اعتبر فيها الكفالة دائما عملا تجاريا وهي حالة ما اذا كانت (الكفالة) ناشئة عن ضمان الاوراق التجارية ضمانا احتياطيا او عن تظهير هذه الاوراق (مادة ٢/٧٧٩ مدني) (١) . وقد راعى المشرع ان الصفة التجارية التي لهذه الاوراق تبرر اعتبار كفالة الالتزامات التي تنشأ عنها كفالة تجارية .

الفصل الثاني

التمييز بين الكفالة وبين غيرها من الأنظمة الاخرى

٩ - تمهيد : بعد أن عرفنا الكفالة ، وبينا خصائصها في الفصل السابق ، نرى على ضوء ماتقدم ان نفرق بين الكفالة وبين الانظمة والاتفاقات القريبة منها ، كالتضامن ، والتجديد والتعهد عن الغير والتأمين ضد الاعسار .. الى غير ذلك من الانظمة والاتفاقات التي قد تشتبه بها وسنعرض لذلك فيما يلي :

١٠ - أولا - الكفالة والتضامن : يجب التفرقة بين الكفالة والتضامن رغم ماقد يبدو هنالك من تشابه بينهما من حيث ان كلا منهما يمنح الدائن ضمانا وتأمينا شخصيا ، بحيث يكون له التنفيذ ليس فقط على اموال المدين ، بل وايضا على اموال المدين المتضامن معه ، او على اموال الكفيل . ولكن الكفالة عقد تابع ، ويأتي التزام الكفيل لضمان التزام المدين الاصلي ، فهو في الواقع يأتي في المرتبة الثانية ، ويترتب على هذا انه يكون على الدائن ان يطالب المدين أولا قبل مطالبة الكفيل ، واذا ماطالب الكفيل اولا كان له أن يدفع بالتجريد .

(١) ونص القانون العراقي في المادة ١٠١٦ مطابق في حكمه للنص المصري .

بل انه حتى فى الحالات التى يتنازل فيها الكفيل عن الدفع بالتجريد فان التزامه يختلف عن التزام المدين المتضامن . ذلك ان المدين المتضامن يلتزم مع غيره من المدينين على قدم المساواة ، اى انهم يعتبرون جميعا مدينين اصليين فى درجة واحدة بحيث يكون للدائن ان يطالب ايا منهم بكل الدين ، دون ان يكون له ان يدفع قبله بالتجريد ، لأن التزام كل منهم التزام اصلى لايقوم تبعا لالتزام الآخرين .

وتبدو فكرة التبعية فى التزام الكفيل هنا فى حالة ما اذا أبرأ الدائن المدين الاصلى فان الكفيل يبرأ تبعا لذلك (مادة ١/٧٨٢ مدنى) وهذا بخلاف ما اذا أبرأ الدائن احد المدينين المتضامنين ، فان ذمة الباقين لاتبرأ ، الا اذا صرح الدائن بذلك (مادة ١/٢٨٩ مدنى) .

وينبغى أن يراعى فى صدد التفرقة بين الكفالة والتضامن أنه ينظر الى معيار المصلحة الشخصية . ذلك أن المدينين المتضامنين يعتبرون ذوى مصالح شخصية بالنسبة للدين ، وهم يلتزمون بالنسبة لأنفسهم وليس عن الغير ولحسابه . اما الكفيل ، فانه لايلتزم الا لصالح الغير وهو المدين الاصلى ، حتى ولو كان الكفيل متضامنا كما أنه لايعتبر ذا مصلحة شخصية بالنسبة للدين .

١١ ـ ثانيا ـ الكفالة والتجديد : يجب التفرقة بين الكفالة والتجديد novation ذلك انه فى حالة التجديد يحل المدين الجديد محل المدين الاصلى مع براءة ذمة هذا الاخير ، وبذلك لايكون امام الدائن الا مدين واحد وهو المدين الجديد (انظر المادة ٢٥٢ مدنى) . اما فى حالة الكفالة فانها تقوم الى جانب الدين الاصلى اى يوجد التزام الكفيل الى جانب التزام المدين الاصلى .

١٢ ـ ثالثا ـ الكفالة والتعهد عن الغير (la promesse de porte-fort)

قد يقع الخلط كذلك بين التعهد عن الغير ، وهو من يتعهد بأن يجعل شخصا يلتزم (انظر المادة ١٥٣ مدنى) وبين الكفيل ، اذ قد يبدو أن المتعهد عن الغير انما هو كفيل للشخص الذى تعهد بالحصول على قبوله . وقد يقوى الشبه بينهما ان المتعهد لايلتزم الا اذا لم يقم الغير بالالتزام للدائن .

ولكن هناك فارقا بينهما . ذلك ان التزام المتعهد لايقوم مع التزام الغير جنبا الى جنب ، اذ فى الوقت الذى يلتزم فيه الغير ، يبرأ المتعهد ، لأن تعهده قد تحقق . أما فى

الكفالة فان التزام الكفيل التزام تابع يقوم الى جانب التزام المدين الاصلي . ومن جهة أخرى اذا كان الكفيل يلتزم بأن يقوم بأداء ما التزم به المدين اذا لم يقم به هذا الاخير وانه يضمن اعسار المدين ، فان مسئولية المتعهد تقتصر على جعل الغير يلتزم ، وينتهي التزامه بقبول الغير ، واذا ما رفض الغير لا يسأل المتعهد عن الالتزام نفسه ، بل يلتزم بالتعويض ، ويجوز له ان يتخلص من التعويض بأن يقوم هو نفسه بتنفيذ الالتزام الذى تعهد به (مادة ١/١٥٣ مدني).

هذا وقد يلحق التعهد عن الغير بكفالة ، فيقوم شخص واحد بالدورين معا على التعاقب ، كما اذا التزم المتعهد بضمان تنفيذ التزام الغير ، اى بكفالته فى الحالة التى يقوم فيها هذا الغير بقبول التعهد ، وبعبارة اخرى يكون الشخص متعهدا عن الغير ، فاذا ماقبل الغير يكفل المتعهد التزام هذا الغير الذى نشأ بقبوله . ومع ذلك فان التزام المتعهد فى الحالتين يظل منفصلا ، اذ فى المرحلة الاولى كان متعهدا وفى الثانية يكون كفيلا .

١٣ - رابعا - الكفالة والتأمين : قد تشتبه الكفالة مع عقد التأمين فى حالة التأمين ضد الاعسار او تأمين التأمين او تأمين الثقة ، وهو عقد يغطى به دائن مخاطر اعسار مدينه عن طريق التأمين لدى احدى الشركات ضد اعسار مدينه . فى هذه الحالة تبدو الشركة فى مركز الكفيل . ولكن الواقع ان الشركة هنا (المؤمن) لاتكفل المدين اطلاقا ، لكنها تلتزم التزاما اصليا بدفع تعويض الى الدائن فى الحالة التى يتحقق فيها خطر اعسار المدين . وفى هذه الحالة لايكفي مجرد عدم الوفاء حتى يكون للدائن الرجوع على شركة التأمين ، طالما كان المدين موسرا (١) .

١٤ - خامسا - الكفالة وتأمين التزامات الخدمة : تجب التفرقة بين الكفالة بمعناها القانوني السابق باعتبارها عقدا يبرم بين الكفيل والدائن لضمان الوفاء بالتزام اصلي ، وبين الكفالة بمعنى الوديعة dépôt التى يقوم شخص - عادة من الصيارفة او المحصلين ومن على شاكلتهم ، والبند وبين التجاريين - بايداعها ، سواء كانت نقودا ام سندات ، بمناسبة تعيينهم فى وظيفة من الوظائف ، ضمانا لما قد ينشأ فى ذمتهم مستقبلا من الديون اوضمانا لحسن تنفيذ عملهم . فالكفالة فى هذه الحالة ليست الا صورة من صور رهن الحيازة .

---

(١) انظر فى هذا الموضوع : مؤلفنا : احكام الضمان (التأمين) فى القانون اللبناني جـ ١ (١٩٧٥) بند ٦٣ ص ١٤٦ وهامش رقم ٢ .

الفصل الثالث : مصادر الكفالة

١٥ـ تحديد المقصود بمصادر الكفالة :

ينصرف الكلام عن مصادر الكفالة الى ناحيتين : ناحية أولى هي مصدر التزام الكفيل نفسه ، وناحية ثانية هي مصدر التزام المدين بتقديم كفيل .

اما من حيث مصدر التزام الكفيل نفسه ، فانه يكون دائما اتفاقيا . ذلك ان الكفيل يلتزم دائما بناء على عقد الكفالة الذى يبرم بينه وبين الدائن . فالكفالة كما رأينا ـ عقد يتم بين الدائن والكفيل يتعهد فيه الكفيل بالوفاء بالتزام المدين اذا لم يقم به هذا الاخير . وتتم الكفالة بمحض ارادة الطرفين ، وينظمان العلاقة بينهما كيفما شاءا . ويمكن أن يكون كفيلا كل من وافق الدائن على جعله كذلك . وقد يتقدم الكفيل للقيام بالضمان من تلقاء نفسه ، وان كان هذا أمر نادر .

وأما عن الناحية الثانية وهى التى تتعلق بمصدر التزام المدين بتقديم الكفيل ، فانها تختلف ، اذ قد يكون هذا المصدر هو الاتفاق ، وقد يكون القانون او القضاء ، فتقسيم الكفالة من حيث مصادرها يكون بالنظر الى المدين من حيث التزامه بتقديم كفيل . ولهذا نتكلم عن مصادر الكفالة من هذه الناحية ، أو بعبارة أخرى مصادر التزام المدين بتقديم كفيل .

١٦ـ مصادر التزام المدين بتقديم كفيل :

قد تكون الكفالة اتفاقية مصدرها الاتفاق ، وقد تكون قانونية مصدرها القانون ، وقد تكون قضائية مصدرها القضاء . ونعرض لذلك فيما يلى :

١ ـ الكفالة الاتفاقية :

تكون الكفالة فى هذه الحالة باتفاق بين الدائن والمدين على ان يقدم هذا الأخير كفيلا للدائن ، لكى يوليه ثقته وائتمانه ، أو يمنحه قرضا أو أجلا .

٢ ــ الكفالة القانونية :

قد يلتزم المدين في بعض الاحيان بتقديم كفيل بناء على نص في القانون . وبذلك يكون مصدر التزام المدين بتقديم الكفيل في هذه الحالة هو القانون . ومن أمثلة ذلك مانصت عليه المادة ٤٥٧ /٢ مدني من انه اذا تعرض احد للمشتري مستندا الى حق سابق على البيع أو آيل من البائع ، او اذا خيف على المبيع ان ينزع من يد المشتري ، جاز له ــ مالم يمنعه شرط في العقد ــ ان يحبس الثمن ، حتى ينقطع التعرض او يزول الخطر . ومع ذلك يجوز للبائع في هذه الحالة ان يطالب باستيفاء الثمن على ان يقدم كفيلا .

ومن أمثلة ذلك ايضا ماتنص عليه المادة ٩٩٢ /١ مدني من انه اذا كان المال المقرر عليه حق الانتفاع منقولا ، وجب جرده ، ولزم المنتفع تقديم كفالة به . والمادة ١٠١٠ مدني التي تلزم المحتكر عند فسخ عقد تقرير الحكر او انتهائه بتقديم كفالة لضمان الوفاء بما قد يستحق في ذمته اذا مأمهلته المحكمة في الدفع .

٣ ــ الكفالة القضائية :

وهي تتقرر بحكم صادر من القضاء . وفي هذه الحالة يراعى ان الكفالة تتقرر اصلا بحكم من القضاء . فلا تعتبر الكفالة قضائية اذا ماكان مصدرها الاتفاق او القانون ثم اثير نزاع بشأنها او لم تقدم ، ورفع الأمر الى القضاء لحمل الملتزم بها على تقديمها . فاذا قرر القضاء ذلك لاتكون الكفالة قضائية وانما ينظر الى مصدرها الاصلي .

ومن أمثلة الكفالة القضائية مانصت عليه المادة ٨٢٩ مدني من انه اذا ماوافقت المحكمة على قرار اغلبية الشركاء في الشيوع ، وهم الذين يملكون على الاقل ثلاثة ارباع المال الشائع ، باجراء تغييرات اساسية .. ان تأمر باعطاء المخالف من الشركاء كفالة تضمن الوفاء بما قد يستحق من التعويضات . وكذلك مانصت عليه المادة ٩٠٠ مدني من ان المحكمة تلزم الورثة بتقديم كفالة اذا ماشاءوا ان يتسلموا بصفة مؤقتة الاشياء او النقود التي لايحتاج لها في تصفية التركة .

ومن أمثلة ذلك أيضا مانص عليه قانون المرافعات في حالة النفاذ المعجل مع تقديم كفيل . فقد نصت المادة ٢٨٨ من قانون المرافعات الجديد على ان النفاذ المعجل بغير كفالة واجب بقوة القانون للأحكام الصادرة في المواد المستعجلة ... والأوامر الصادرة على عرائض ، وذلك مالم ينص في الحكم أو الأمر على تقديم كفالة . وانظر كذلك المادة ٢٩٠ من القانون نفسه حتى تجيز الأمر بالنفاذ المعجل بكفالة او بغير كفالة في الاحوال التي اورد ها النص . وكذلك المادة ٢٩٢ . ويراعى ان قانون المرافعات لم يستعمل كلمة الكفالة في معناها الفني الدقيق ، ولكنه يصرف معنى الكفالة الى المعنى الذى تعنيه هنا حيث يلتزم المدين بتقديم كفيل مقتدر ، كما يصرفه كذلك الى التأمينات العينية عن طريق ايداع خزانة المحكمة من النقود والاوراق المالية مانيه الكفاية (انظر المادة ٢٩٢) .

هذه هي المصادر المختلفة لالتزام المدين بتقديم كفيل . ويراعى انه لمعرفة ما اذا كانت الكفالة اتفاقية او قانونية او قضائية أهميتها من حيث انه في حالة الكفالة القانونية والقضائية يكون الكفلاء دائما متضامنين (مادة ٧٩٥ مدنى) . فالتضامن هنا يكون بقوة القانون . وهذا مظهر من مظاهر التشديد بجعل الكفيل في هذين النوعين من الكفالة في مركز أقسى من الكفيل الاتفاقي ، لأن المشرع او القاضي لايقررانها الا اذا كان الدائن يستحق الحماية . اما في حالة الكفالة الاتفاقية ، فلا يتضامن الكفلاء اذا ما تعددوا ، واذا ماأريد تضامنهم ، فلابد من الاتفاق عليه طبقا للقواعد العامة في التضامن .

على انه ينبغى ان يراعى ان القانون اذا كان قد نص على انه في الكفالة القضائية او القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين ، الا انه لم يوضح بين من يقوم التضامن؟ هل بين الكفلاء في حالة تعددهم او بين الكفيل والمدين ؟

تنص المادة ٧٩٥ مدني على انه " في الكفالة القضائية او القانونية يكون الكفلاء دائما متضامنين " . ونحن نعتقد ان اطلاق النص على هذا النحو ينصرف الى تضامن الكفلاء في جميع الحالات ، او " دائما " بحسب عبارة النص نفسها ، سواء فيما بين الكفلاء انفسهم اذا ماتعددوا ، ام فيما بينهم وبين المدين . والتضامن هنا يكون بحكم القانون ، دون حاجة الى الاتفاق عليه . ولعل هذا الاتجاه هو ماتؤيده الاعمال التحضيرية فقد كانت المادة ١١٥٠ من المشروع التمهيدي تستلزم في فقرتها الاولى اشتراط التضامن بين الكفيل والمدين وكانت تستلزم في فقرتها الثانية اشتراط التضامن بين الكفلاء الملتزمين بعقد واحد . واضافت الفقرة الثالثة استثناء بالنسبة للفقرتين الاوليين فقررت " اما في الكفالة القضائية او القانونية فيكون الكفلاء دائما متضامنين " .
وقد حذفت الفقرتان الاولى والثانية في لجنة المراجعة لأنهما تطبيق للقواعد العامة ، وبقيت الفقرة الاخيرة وعدلت صيغتها على نحو ماجاء في المادة ٧٩٥ ، مما يفهم منه انصرافها الى التضامن بين الكفلاء والمدين وبين الكفلاء فيما بينهم ، باعتبارها كانت استثناء من احكام الفقرتين المحذوفتين ، وفضلا عن ذلك فقد كانت المادة ١١٥٥ / ٢ من مشروع التنقيح الذي نشر سنة ١٩٤٠ قاطعة في هذا ، اذ كانت تقضي بأنه " أما في الكفالة القضائية والقانونية والتجارية ، فيكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، ومتضامنين مع المدين " ثم عدلت على نحو ماجاء في المشروع التمهيدي بالمادة ١١٥٠ ، بالنص على ان يكون الكفلاء في الكفالة القضائية والقانونية دائما (بدلا من عبارة فيما بينهم ومع المدين) متضامنين .

هذا ويراعى انه مهما كان مصدر التزام المدين بتقديم الكفالة ، فان عقد الكفالة ينبغي ان يتم بين الدائن والكفيل . وكل ما هنالك انه اذا ماكان على المدين التزام بتقديم كفيل يتعين عليه ان يوفي بالتزامه ، وان على الدائن ان يقبل الكفيل الذي يقدمه له المدين ، متى استوفى هذا الكفيل الشروط التي يتطلبها القانون في الكفيل . ولهذا فاننا نعرض لهذه الشروط .

الفصل الرابع

الشروط التي يتطلبها القانون في الكفيل

١٧- تحديد الشروط :

اذا ما التزم المدين بتقديم كفيل وجب ان تتوافر فيه شروط معينة، فقد نصت المادة ٧٧٤ مدني على انه " اذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب ان يقدم شخصا موسرا ومقيما في مصر ... " ومن هذا النص يتبين انه يلزم ان يتوافر في الكفيل شرطان هما شرط اليسار وشرط الاقامة في مصر . هذا بالاضافة الى ماينبغي ان يتوافر في الكفيل من أهلية الالتزام طبقا للقواعد العامة . وهذه الاهلية ينبغي توافرها وقت العقد فقط . ولا أثر لزوالها فيما بعد . اذ يظل العقد قائما منتجا لآثاره . ونعرض للشروط السابقة فيما يلي :

١٨- أولا - شرط اليسار :

يلزم ان يكون الكفيل الذي يقدمه المدين موسرا . وهذا يعني ان يكون لديه من الاموال مايكفي على الاقل للوفاء بالالتزام الذي تقدم لضمانه . فالشرط الاساسي هو قدرة الكفيل على الدفع بحيث لايكون الضمان الذي يعطي للدائن وهميا ، ولا عبرة بما اذا كانت امواله عقارات او منقولات ، قريبة كانت من موطن الدائن او بعيدة ، طالما كان من الممكن التنفيذ عليها .

وتقدير كفاية اموال الكفيل للوفاء بالتزامه ، اى معرفة يساره ، من المسائل الموضوعية التي تخضع لتقدير قاضي الموضوع ، وهو ينظر في ذلك الى حالة الكفيل العامة على ضوء قيمة الالتزام المكفول .

واذا مانوزع في مقدرة الكفيل ، كان على المدين اثبات يساره ، ولا شأن للكفيل بهذا الاثبات . واستلزام اليسار يسري في حالة الكفالة القانونية ، والكفالة القضائية حيث يكون المدين ملزما بتقديم كفيل . وهو يسري كذلك في حالة الكفالة الاتفاقية في

صلة الدائن بالمدين اذا ما اتفقا على ان يقوم هذا الاخير بتقديم كفيل، اذ في هذه الحالة يكون المدين ملزما بتقديم الكفيل على اساس الاتفاق . لكن اذا كانت الكفالة قد تمت دون ان يكون المدين ملزما بتقديمها على اى اساس من الأسس السابقة، كما اذا تمت بين الدائن والكفيل مباشرة دون تدخل من المدين، فان مسألة يسار الكفيل ينظرها الدائن نفسه ويقدرها ، وهو لايقبل الا الكفيل الذى يبدو له انه يقوم بالضمان الكافي ، وهذا خلافا للحالات التي يلتزم فيها المدين بتقديم الكفيل حيث لايختار الدائن الكفيل، فيجب ان يتوافر فيه شرط اليسار الذى يستلزمه المشرع .

على انه اذا كان يلزم ان يتوافر فى الكفيل شرط اليسار على النحو السابق ، بمعنى ان يكون لديه من الاموال مايكفى للوفاء بالتزامه ، فهل يلزم ان تكون اموالـه فى مصر ؟ لم ينص المشرع على هذا . وقد كان المشروع التمهيدى للقانون المدنى يستلزم ان يكون للكفيل فى مصر من الاموال مايكفى للوفاء بالتزامه . ولكن هذا الشرط حذف فى لجنة المراجعة ووردت المادة ٧٧٤ على النحو الذى جاءت به فى الصيغة الحالية ، دون ذكر لسبب حذف هذا الشرط . والواقع ان التيسير على الدائن فى استيفاء حقه من الكفيل كان يقتضى ان ينص المشرع على ان يكون لهذا الاخير من الاموال فى مصر مايكفى للوفاء بالالتزام .

١٩ـ ثانيا ـ الاقامة فى مصر :

استلزم المشرع الى جانب يسار الكفيل ان يكون مقيما فى مصر، والمقصود بالاقامة فى هذه الحالة الاقامة المعتادة ، اى التوطن ، لا اقامة عارضة . والغرض من هذا هو ـ كما جاء فى المذكرة الايضاحية ـ مراعاة مصلحة الدائن والتسهيل عليه عند مطالبته الكفيل . وفضلا عن هذا فان استلزام اقامة الكفيل فى مصر يمكن الدائن من مراقبته ومن تتبعه بسهولة ، لكى يكون دائما على علم بظروفه وحالته من الناحية المالية .

٢٠ ـ تخلف احد الشرطين السابقين : اذا ما توافر الشرطان السابقان فى الكفيل اعتبر المدين انه قد اوفى بالتزامه ، واذا كان هذان الشرطان لازمين لقيام الكفالة فهما أيضا لازمان لبقائها ، بمعنى أنه يلزم أن تستمر صفة اليسار والتوطن فى مصر الى ان تنتهى الكفالة . ولهذا يثور التساؤل عن الحالة التى يتخلف فيها شرط من الشرطين السابقين بعد قيام الكفالة، كما اذا أعسر الكفيل او غير موطنه بأن انتقل الى دولة أخرى .؟

لم يورد القانون حلا لهذا الموضوع ، وبالرجوع الى الاعمال التحضيرية نتبين ان المادة ١١٤٠ / ١ من المشروع التمهيدى كانت تنص على انه " اذا أعسر الكفيل بعد تقديم الكفالة وجب تقديم كفيل آخر " . ولكن هذا النص حذف فى لجنة المراجعة على اساس الاكتفاء فى هذا الصدد بالقواعد العامة . فما هو حكم القواعد العامة فى هذا الصدد ؟ يمكن القول فى هذا الصدد ان اعسار الكفيل او تغيير موطنه لا ييسر للدائن الحصول على حقه ولا يوفر له الضمان اللازم ، او بعبارة اخرى يمكن القول بأن التأمين الذى للدائن قد أضعف بسبب لا يد للمدين فيه . وفى هذا تقضى المادة ٢٧٣ / ٢ مدنى بأنه " اذا كان اضعاف التأمين يرجع الى سبب لا دخل لارادة المدين فيه ، فان الاجل يسقط ، ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا " . اى ان الاجل الممنوح للمدين يسقط ، ويستطيع المدين ان يتوقى ذلك عن طريق ضمان كاف ، قد يكون كفيلا آخر وقد يكون تأمينا عينيا .

الا أنه اذا كان من الممكن تطبيق هذه القواعد والقول بسقوط الاجل اذا لم يقدم المدين ضمانا كافيا فى حالة التزامه بمبلغ من النقود وهى الحالة الغالبة التى تتدخل فيها الكفالة للضمان ، فما هو الحكم فى الحالات الاخرى التى يلتزم فيها المدين بعمل او بامتناع عن عمل وقدم الكفيل لضمان الوفاء بهذا الالتزام ؟ نرى فى هذه الحالة انه يتعين على المدين تقديم كفيل آخر لضمان الوفاء بالتزامه ، لأن الحاجة

الى الكفيل لاتثور الا عند الوفاء بالالتزام ، اذ هذا هو الوقت الذى يجب ان يتوافر فيه الضمان للدائن .

هذا كله اذا كان المدين ملزما بتقديم كفيل ، سواء على أساس الاتفاق او بمقتضى نص فى القانون ام بحكم قضائى . ومع ذلك فانه اذا ما اتفق على تقديم كفيل واشترط الدائن كفيلا معينا فقدمه له المدين ثم تخلف شرط اليسار او الاقامة بالنسبة لهذا الكفيل ، فلا يكون المدين ملزما بتقديم كفيل غيره ، كما لا يترتب على ذلك سقوط الاجل الممنوح للمدين طبقا للقواعد السابقة . لأن الدائن رضى به منذ البداية وكان عليه ان يتحقق من كفايته للقيام بالكفالة . فالدائن اذن مقصر وعليه تقع تبعة تقصيره . وهذا هو الحكم ايضا فى حالة ما اذا التزم الكفيل دون علم المدين .

٢١ ـ تقديم تأمين عينى بدلا من الكفيل :

يحدث ألا يستطيع المدين تقديم كفيل ، فقد لا يجد شخصا يكفله ، او قد لا يجد شخصا تتوافر فيه الشروط السابقة وذلك فى الحالات التى يلتزم فيها بتقديم كفيل ، فما هو الحكم ؟ اعطى القانون للمدين فى هذه الحالة ان يقدم تأمينا عينيا بدلا من الكفيل . ذلك ان المادة ٧٧٤ بعد ان بينت انه " اذا التزم المدين بتقديم كفيل ، وجب ان يقدم شخصا موسرا ومقيما فى مصر " اضافت ان : " له ان يقدم عوضا عن الكفيل تأمينا عينيا كافيا " .

ومن الواضح ان للمدين الخيار فى ان يقدم تأمينا عينيا بدلا من الكفيل . وليس للدائن ان يعترض على ذلك لأن التأمين العينى اكثر ضمانا من التأمين الشخصى . ويكون للمدين هذا الخيار فى جميع الحالات التى يلتزم فيها بتقديم كفيل ، اذ الغرض من ذلك هو التيسير عليه فى تقديم الضمان عينيا كان ام شخصيا . ويلزم فى التأمين الذى يقدمه المدين ان يكون كافيا ، ولا يهم ما اذا كان عقارا او منقولا طالما كان من الممكن ان يضمن للدائن حقه . وتقدير كفاية التأمين مسألة موضوعية .

الباب الثاني
انعقاد الكفالة

٢٢ ـ تمهيد : يتم عقد الكفالة بين الدائن والكفيل ، على نحو ماقدمنا . وهذا العقد ، يخضع في الاصل للقواعد العامة التى تحكم العقود الاخرى، مع مراعاة ان هناك من القواعد ماهو خاص به . ولهذا نعرض فيما يلى للقواعد الخاصة بانعقاده ، مع تلافى تكرار ماهو معروف فى القواعد العامة . وسنعرض للرضا والمحل والسبب .

الفصل الأول
الرضا فى الكفالة

٢٣ ـ الكفالة عقد رضائى : رأينا أن الكفالة عقد رضائى ، لايلزم لانعقاده شكل خاص ، وانما يتم بالتراضى بين الكفيل والدائن ، دون حاجة الى رضاء المدين ، لأنه ليس طرفا فى العقد ، بل ان الكفالة تجوز بغير علمه ، بل وأيضا رغم معارضته (مادة ٧٧٥ مدنى) .

ومع ذلك فان القانون ـ كما بينا ـ ينص على ان الكفالة لاتثبت الا بالكتابة ، حتى ولو كان من الجائز اثبات الالتزام الاصلى بالبينة (مادة ٧٧٣) ولكننا رأينا أن الكتابة هنا ليست لازمة للانعقاد ، ولكن للاثبات فقط ، وهذا يعنى ان من الممكن ان ينعقد العقد صحيحا دون كتابة ، الا أنه تثور الحاجة بعد ذلك الى اثباته ، الذى يمكن ان يتم بدليل اقوى ، عن طريق الاقرار او اليمين .

ـ هل يلزم ان يكون الرضا صريحا ؟:

واذا كانت الكفالة تنعقد على هذا النحو بتراضى طرفيها ، وهما الدائن والكفيل ، فهل يلزم ان يكون الرضا بالكفالة صريحا ؟

تقضى القواعد العامة (م ٩٠ مدنى) بأن " التعبير عن الارادة " يكون باللفظ وبالكتابة وبالاشارة المتداولة عرفا ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا فى

دلالته على حقيقة القصد . ويجوز أن يكون التعبير عن الارادة ضمنيا ، اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على ان يكون صريحا " . ومن هذا يتضح ان التعبير عن الارادة يكون صريحا كما قد يكون ضمنيا ، فهل يطبق هذا بالنسبة للكفالة؟ لا شك في تطبيق هذا الحكم بالنسبة للدائن ، لأن الكفالة تعقد لصالحه .

لكن الخلاف يثار بالنسبة للكفيل ، فقد انقسم الرأى حول ماذا كان يلزم ان يكون رضاء صريحا ، ام يصح ان يكون ضمنيا ، ولعل ما أثار الكلام حول هذا الموضوع هو ما نصت عليه بعض التشريعات الاجنبية كالقانون الفرنسي اذ تنص المادة ٢٠١٥ منه على ان " الكفالة لا تفترض ، ويجب ان تكون صريحة " . واستنادا الى هذا ، والى ماجاء في مذكرة المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى بالنسبة للمادة ١١٣٣ والتى صارت فيما بعد المادة ٧٧٣ من انه بالنسبة لالتزام الكفيل يجب ان يستند الى " رضاء صريح قاطع " ، والى ان التزام الكفيل من الالتزامات الخطرة ، وان القانون يستلزم الكتابة لاثبات الكفالة ، رأى البعض انه يلزم ان يكون رضاء الكفيل بالكفالة صريحا .

والواقع ان الأخذ بهذا الرأى لا يتفق مع ما تقضى به القواعد العامة في هذا الصدد . ذلك ان التعبير عن الارادة كما يصح ان يكون صريحا يجوز ان يكون ضمنيا ، ما لم ينص القانون او يتفق الطرفان على ان يكون صريحا . وفى هذا الصدد لم ينص القانون على ان يكون التعبير عن ارادة الكفيل صريحا . ولهذا تطبق القواعد العامة في شأن رضا الكفيل . كل ما هنالك ، انه لما كان التزام الكفيل اساسا من الالتزامات التبرعية ، فانه اذا ما ثار الشك حول رضا الكفيل ، فان هذا الشك ينبغى ان يفسر لصالحه ، وهذا ما يقره فريق آخر من الفقه . وتبعا لهذا اذا ما وقع الكفيل شكلا بجانب توقيع المدين ، دون ان يكشف عن صفته ، وما اذا كان قد وقع بصفته شاهدا ام بصفته كفيلا ، قام هناك شك حول صفته ، وبالتالى يفسر هذا الشك لصالحه ، ويعتبر توقيعه بصفته شاهدا لا كفيلا .

٢٤ ـ صحة التراضي : والتعبير عن الارادة يلزم ان يكون صحيحا ، وهو يكون كذلك اذا كان صادرا عن ذي اهلية ، وليس به عيب من العيوب .

اما عن الاهلية اللازمة في عقد الكفالة فانه ينبغي ان تتوافر طبقا للقواعد العامة ، مع مراعاة ان الكفالة في الاصل من عقود التبرع . ولهذا فانه يكفي بالنسبة للدائن ان تتوافر فيه اهلية قبول التبرعات ، وهي اهلية الصبي المميز ومن في حكمه . الا أنه لما كان من الممكن ان تتم الكفالة بمقابل ، فانها عندئذ تكون من التصرفات المترددة بين النفع والضرر ، وتبعا لذلك تكون صحيحة متى كان الدائن كامل الاهلية ، وقابلة للابطال متى كان صبيا مميزا او من في حكمه ، ويزول حق التمسك بالابطال بالاجازة .

وبالنسبة للكفيل ، فان الأمر يختلف كذلك . ولما كانت الكفالة في الاصل من اعمال التبرع ، فانه يلزم ان تتوافر فيه اهلية التبرع ، وهي اهلية البالغ الرشيد . واذا ما انتفت عن الكفالة الصفة التبرعية يكفي ان تتوافر فيه اهلية ابرام التصرفات المترددة بين النفع ، فاذا كان صبيا مميزا أو من في حكمه خضع تصرفه للاجازة . ولكن تصرفه يقع صحيحا متى كان بالغا رشيدا .

اما عن عيوب الارادة ، فان الكفالة تخضع كذلك للقواعد العامة ، ويكون العقد قابلا للابطال اذا ما وقع احد المتعاقدين في غلط او دلس عليه ، او اذا ما تم العقد تحت تأثير الاكراه او كان به استغلال . ولمن كانت ارادته معيبة ان يطلب ابطاله طبقا للقواعد العامة متى توافرت الشروط اللازمة لعيب من هذه العيوب . مع مراعاة ما هنالك من قصور في نص المادة ١٢٩ من القانون المدني [illegible] اذا ما أريد تطبيقه بالنسبة لعقود التبرع (انظر في [illegible] مؤلفنا : نظرية الاستغلال في القانون المدني المصري والمقارن ص ٢٤٠ وما بعدها وخاصة ص ٢٥٩) .

الفصل الثاني : محل الكفالة

٢٥ - تمهيد : يرتبط محل التزام الكفيل بالالتزام المكفول ، وهو الالتزام الاصلي ، باعتباره تابعا له يقوم لضمان الوفاء به . ولهذا فانه يلزم أن تتوافر في محل الالتزام الاصلي الشروط التي يتطلبها القانون في محل الالتزام بصفة عامة . فيلزم ان يكون موجودا او ممكنا ، كما يلزم ان يكون معينا أو قابلا للتعيين ، وان يكون مشروعا . ولما كان التزام الكفيل يقوم تبعا له فانه يلزم ان يكون التزام الكفيل مشروعا ، مع مراعاة ان هذا الاخير يعتبر دائما مشروعا متى قام الالتزام الاصلي صحيحا ، لأن ضمان التزام الغير عمل مشروع في ذاته . ولهذا فاننا لن نتكلم عن شروط المشروعية .

المبحث الأول

الوجود والامكان

٢٦ - ضرورة الوجود والامكان بالنسبة للالتزام الاصلي - بعض الأمور التي يثيرها هذا الشرط :

يلزم ان يكون الالتزام الاصلي موجودا او ممكنا . ذلك ان الكفالة لاتقوم الا تبعا لقيام التزام اصلي موجودا ، لايقوم الالتزام الاصلي وبالتالي لاتقوم الكفالة . وكذلك الشأن في حالة ما اذا كان الالتزام الاصلي مستحيلا ، اي غير ممكن الوجود ، فان الالتزام الاصلي لايقوم ولا يمكن ان تقوم الكفالة ايضا . واذا ما وجد الالتزام الاصلي ثم انقضى قبل نشوء الكفالة ، فان الكفالة لاتقوم كذلك لأن محل التزام الكفيل هو ضمان الوفاء بالالتزام الاصلي ، أما وقد انقضى هذا الاخير ، فلا يعتبر موجودا ولا تقوم الكفالة .

لكن ما الحكم اذا ما كان الالتزام الاصلي غير موجود وقت الكفالة لكنه يمكن ان يوجد في المستقبل . كما ان الالتزام الاصلي قد يكون معلقا على شرط ، فهل تصح الكفالة في هذه الحالة ؟ ومن ناحية اخرى فان وجود الالتزام الاصلي يستلزم ان يكون صحيحا ، اما اذا كان باطلا ، ايا كان سبب البطلان ، فهل تصح كفالته ؟ كما

أن الالتزام الاصلي قد يكون التزاما طبيعيا ، فهل تجوز كفالته كذلك ؟ هذا مايجعلنا نتكلم عن كفالة الالتزامات المستقبلة، والالتزامات الشرطية ، وكفالة الالتزامات الباطلة بصفة عامة، والالتزامات الطبيعية .

٢٧ـ أولا ـ كفالة الالتزامات المستقبلة : قد لايكون الالتزام الاصلي موجودا وقت الكفالة ، ولكنه سيوجد في المستقبل، فهل تصح كفالته ؟ وهل يمكن ان تنشأ الكفالة مستندة الى التزام مستقبل ؟ حسمت المادة ٧٧٨ مدني الاجابة على هذا التساؤل بقولها " تجوز الكفالة في الدين المستقبل ، اذا حدد مقدما المبلغ المكفول " . هذا النص صريح في اجازة كفالة دين ينشأ في المستقبل . وهو مايحدث في العمل على الأخص بالنسبة لعقود الحساب الجاري وفتح الاعتماد ، كما اذا تعهد الكفيل لبنك من البنوك بكفالة الالتزامات التي تنشأ فيما بعد في ذمة العميل الذي يفتح البنك لصالحه حسابا . انما يلزم لذلك كما هو واضح من النص ان يتحدد المبلغ الذي تقوم الكفالة لضمان الوفاء به ، فيتقدم الكفيل لضمان المبالغ التي يأخذها العميل من البنك في حدود ألف جنيه مثلا يفتح بها الاعتماد لدى البنك، لصالح العميل . والغرض من تعيين المبلغ التي تجوز فيه الكفالة على هذا النحو هو حماية الكفيل حتى يعرف مقدما الحدود التي يتدخل فيها لكفالة الدين، لأن الكفيل " شخص يتورط عادة دون ان يجني من وراء كفالته ربحا " ـ كما جاء في مذكرة المشروع التمهيدي ، ولهذا استلزم القانون ان يحدد مقدما المبلغ المكفول ، حماية له . وعلى هذا اذا لم يحدد المبلغ المكفول ، كانت الكفالة باطلة .

ومع ذلك فان القانون قد عني من ناحية أخرى على حماية الكفيل حتى لايتورط ، ولهذا جعل له ان يرجع في كفالته . وتقرر المادة ٢/٧٧٨ في هذا الصدد انه " اذا كان الكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة الكفالة، كان له في اي وقت ان يرجع فيها مادام الدين المكفول لم ينشأ " . فرجوع الكفيل في الكفالة مشروط أولا بألا تكون

هناك مدة محددة للكفالة . وعلى ذلك اذا عين الكفيل مدة لكفالته ، لا يكون له ان يرجع فيها ، وانما يتعين عليه ان يكفل ماينشأ من التزامات فى ذمة المدين الاصلى خلال تلك المدة وفى حدود المبلغ المكفول . كما اذا كفل شخص المبالغ التى يأخذها العميل من البنك خلال ستة شهور فى حدود الف جنيه مثلا ، فيظل ملتزما طيلة هذه المدة . ويترتب على ذلك انه اذا مضت المدة المحددة دون ان ينشأ الدين المكفول بأكمله ، برئت ذمة الكفيل . واذا مانشأ جزء منه خلال تلك المدة اقتصرت الكفالة على هذا الجزء . ومن ناحية ثانية يلزم كذلك لرجوع الكفيل فى كفالته ألا يكون الدين المكفول قد نشأ بعد . فاذا كان قد نشأ ، لا يمكنه الرجوع بارادته وحده ، وانما لابد من رضاء الطرف الآخر فى العقد وهو الدائن ، طبقا للقواعد العامة . واذا مارجع الكفيل فى كفالته قبل نشوء الدين فانه ينبغى أن يخطر الدائن برجوعه حتى لا يضار الدائن من ذلك . لأنه اذا كان القانون قد منح الكفيل الحق فى الانسحاب من الكفالة فى هذه الحالة ، حماية له ، فانه استثناء من القاعدة العامة التى تقضى بأن العقد شريعة المتعاقدين ، وينبغى ألا يضر هذا الاستثناء بحق الدائن ، فتترك له الفرصة ليكيف وضعه من المدين قبل نشوء الدين ، كأن يتطلب منه كفيلا آخر مثلا .

واذا كان القانون قد اجاز كفالة الالتزامات المستقبلة على هذا النحو ، فان الفقه قد انقسم حول تبرير امكان قيام الكفالة ، وهى التزام تابع ، قبل قيام الالتزام الاصلى . اذ رأى البعض ان الكفالة تنعقد معلقة على شرط واقف هو نشوء الالتزام الاصلى فى ذمة المدين ، ورأى البعض أننا فى هذه الحالة بصدد عقد وعد بالكفالة . ولكن مهما يكن من أمر هذا الخلاف ، فانه لم يعد له أية أهمية عملية بعد أن نص المشرع صراحة على جواز كفالة الالتزامات المستقبلة .

٢٨ـ ثانيا ـ كفالة الالتزام الشرطي :

وفي صدد الكلام عن الالتزامات المستقبلة تعرضت المادة ٧٧٨ لكفالة الالتزام الشرطي ، فبعد أن نصت على جواز كفالة الدين المستقبل أضافت انه " تجوز الكفالة في الدين الشرطي " . وهذا النص ينصرف الى امكان كفالة الالتزامات الشرطية ، أيا كان الشرط ، سواء كان واقفا أم فاسخا . وتستلزم صفة التبعية في الكفالة أنها تأخذ وصف الالتزام الاصلي من حيث التعليق بالشرط ، كما انها تأخذ مصيره . فاذا كان الالتزام الاصلي معلقا على شرط واقف وتحقق الشرط قام الالتزام الاصلي وأصبح نافذا ، وبالتالي تقوم الكفالة بالتبعية . واذا لم يتحقق الشرط فلا يقوم الالتزام وبالتالي لاتقوم الكفالة . واذا كان الشرط فاسخا ولم يتحقق اصبح الالتزام باتا والكفالة كذلك . واذا ماتحقق زال الالتزام الاصلي وانقضى التزام الكفيل تبعا له .

٢٩ـ ثالثا ـ كفالة الالتزامات الباطلة :

قد يوجد الالتزام الاصلي باطلا او قابلا للابطال ، فهل تصح كفالته؟ نصت المادة ٧٧٦ على أنه " لاتكون الكفالة صحيحة الا اذا كان الالتزام المكفول صحيحا " ونفرق في هذا الصدد بين البطلان المطلق والبطلان النسبي او القابلية للابطال .

١ ـ البطلان المطلق :

فاذا كان الالتزام الاصلي باطلا كان التزام الكفيل باطلا كذلك ، ايا كان سبب البطلان سواء كان بسبب انعدام الاهلية او لمخالفته للنظام العام والآداب او لغير ذلك من الاسباب . ولا يثير هذا الأمر اية منازعة ، اذ يكون التزام الكفيل باطلا طالما كان الالتزام الاصلي باطلا ، حتى ولو لم يكن الدين قد طلب البطلان وقضي له به ، حيث يكون لكل ذي مصلحة ان يطلبه . ولما كان الكفيل ذا مصلحة ، فان له ان يطلب البطلان .

٢ ـ القابلية الابطال :

اما بالنسبة للقابلية للابطال ، فان الامر يثير بعض الصعوبات ، ونفرق فــي هذا الصدد بين القابلية للابطال بسبب عيب من عيوب الرضا او بسبب نقص الاهليـــة .

أ ـ القابلية للابطال لعيب في الرضا :

اذا كان العقد الاصلي قابلا للابطال لعيب في الرضا فان الكفالة تقوم كذلـك قابلة للابطال أخذا بفكرة التبعية التي تعد من خصائصها الجوهرية ، ولما كان العقـد القابل للابطال يرتب آثاره الى أن يقضى ببطلانه ، فانه ينبغي ان يراعى انـــــــه اذا ما استقر العقد الاصلي واصبح نهائيا عن طريق الاجازة او التقادم ، فان التزام الكفيـــل يصير نهائيا كذلك ، اما اذا طلب المدين ابطال العقد الاصلي وقضى له به ، فــــان التزام الكفيل ينقضى كذلك بالتبعية ، وهو ينقضى بأثر رجعى شأنه في ذلك شأن الالتزام الاصلي ، لكن اذا لم يقم المدين بطلب البطلان ، فهل للكفيل ان يطلب ذلك ؟ تقضـــي المادة ١/٧٨٢ مدنى بأن للكفيل " أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " وعلى ذلك يمكن ـ استنادا الى هذا النص ـ ان يقوم الكفيل بطلب ابطال الالتزام الاصلي ، لأنه يستفيد ـ فضلا عن الدفوع الخاصة به ـ من الدفوع الخاصة بالمدين نفسه ، هـــذا ما لم يكن الكفيل والدائن قد قصدا تأمين هذا الاخير ضد طلب المدين ابطال العقـــد لعيب في ارادته ، بعد علمهما بسبب الابطال ، اذ في هذه الحالة لايكون للكفيـــــل أن يطلب ابطال العقد استنادا الى هذا السبب .

ب ـ كفالة التزام ناقص الاهليـــة :

قد يحدث ان يتقدم الكفيل لكفالة الالتزام دون نظر الى ما اذا كان المكفـــول ناقص الاهلية ام لا ، اى اذا ما قصد كفالة الالتزام في ذاته ، وكان المدين ناقـــــص الاهلية ، فان الالتزام المكفول يكون قابلا للابطال ويتبعه التزام الكفيل ، على الوجـــه الذى بيناه فيما سبق بالنسبة لحالة عيوب الرضا .

ولكن القانون قد نص على حكم خاص بكفالة التزام ناقص الاهلية فقرر أن " من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم ينفذه المدين المكفول " (مادة ٧٧٧) . ويستلزم تطبيق هذا النص : (١) ان يكون الالتزام المكفول خاصا بناقص الاهلية كالصبي المميز ومن في حكمه . وعلى هذا لا يسرى ما جاء به اذا كان الالتزام المكفول خاصا بعديم أهلية كالصبي غير المميز ، لأن التزامه يكون باطلا من اساسه ، وبالتالي تكون كفالته باطلة بطلانا مطلقا . (٢) ويجب كذلك ان تكون الكفالة بسبب نقص الاهلية . وهذا يعني ان كلا من الدائن والكفيل يعلمان بنقص أهلية المدين ، ويتدخل الكفيل لكفالته على هذا الاساس ، اي بسبب نقص اهليته ، ولتأمين الدائن ضد خطر تمسك المدين بنقص اهليته لابطال العقد .

واذا ما التزم شخص بكفالة ناقص الاهلية على هذا النحو ترتب على ذلك :
(١) ان يظل التزام الكفيل قائما طالما بقى الالتزام الاصلى قائما ولم يقض ببطلانه . واذا ما قام المدين بتنفيذ التزامه برئت ذمة الكفيل . ولا صعوبة في ذلك باعتبار أن التزام الكفيل التزام تابع . (٢) لكن اذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه او طلب ابطال العقد وقضى له به ، يلتزم الكفيل بالوفاء . وهو يظل ملتزما رغم انقضاء الالتزام الاصلى . ولكنه يلتزم في هذه الحالة التزاما اصليا لا باعتباره كفيلا . لكن كيف يمكن ان نحلل التزام الكفيل في هذه الحالة بصفة أصلية ؟

الواقع ان الكفيل يلتزم في هذه الحالة لا على اعتبار انه كفيل ، ولكن على اعتبار أنه كان متعهدا عن الغير . لأنه عندما يتدخل لكفالة ناقص الاهلية وبسبب نقص الاهلية فانه يتعهد للدائن بألا يتمسك المدين بنقص أهليته . فان تمسك بها وقضى له بالبطلان ، التزم الكفيل التزاما أصليا باعتباره مسئولا لعدم امكانه حمل المدين على عدم التمسك بالبطلان . ومسئوليته تجعل منه مدينا أصليا .

وبعبارة أخرى ان الكفيل يقوم في هذه الحالة بدورين : دوره ككفيل طالما بقى الالتزام الاصلى قائما ولم يقض ببطلانه ، ودوره كملتزم أصلى اذا لم يستطع حمل المدين على عدم التمسك بالبطلان لنقص اهليته ، باعتباره قد أخل بتعهده عن الغير فيلتزم التزاما أصليا على سبيل التعويض .

٣٠- رابعا - كفالة الالتزام الطبيعي :

الالتزام الطبيعي هو التزام ينقصه عنصر المسئولية ، وبالتالي لايمكن فيه اجبار المدين على التنفيذ . ولما كانت الكفالة التزاما تابعا يتعهد فيها الكفيل بالوفاء بالالتزام الاصلى اذا لم يقم به المدين ، فانه يترتب على ذلك أنه لاتجوز كفالة الالتزام الطبيعي ، لأن الكفالة تتضمن التزام الكفيل التزاما مدنيا ، وليس من المقبول ان يكون الالتزام التابع أقوى وأشد من الالتزام الاصلى . وفضلا عن ذلك فانه ينبغى ان يراعى ان الكفيل اذا ماوفى للدائن ، يكون له ان يرجع على المدين بما وفاه ولا يتصور في حالة الالتزام الطبيعي ان يرجع على المدين به ويجبر على الوفاء به ، لأنه ليس مجبرا في الاصل على هذا الوفاء .

ومع ذلك فانه قد يحدث ان يتعهد المدين بتقديم كفيل للدائن ، وفي هذه الحالة يمكن تفسير عمله على انه رغبة في الوفاء بالالتزام الطبيعي ، فينشأ عن هذا التعهد التزام مدني ، تقوم الكفالة لضمان الوفاء به . كما قد يتدخل شخص متعهدا عن الغير للدائن بضمان تنفيذ المدين بدين طبيعي لالتزامه ، فاذا لم ينجح هذا الشخص في حمل المدين على تنفيذ التزامه الطبيعي ، اصبح ملتزما التزاما اصليا بالتعويض ، باعتباره متعهدا عن الغير .

المبحث الثاني : تعيين محل التزام الكفيل

٢١ـ تحديده على اساس موضوعه ومصدره :

يجب ان يكون محل التزام الكفيل معينا او قابلا للتعيين . ولما كان الكفيل يقوم بضمان الوفاء بالتزام المدين ، فان التزام الكفيل يتحدد على اساس الالتزام الاصلي باعتباره تابعا له . لكن الى جانب ذلك ينبغي ان يراعى ان الكفيل يلتزم ايضا في حدود ما ارتضاه في عقد الكفالة ، وهو ينعقد بينه وبين الدائن وبارادتهما دورفي تحديد نطاق التزام الكفيل . ولهذا فان محل التزام الكفيل اذا كان يتحدد على اساس الالتزام الاصلي ، فانه يتحدد كذلك على اساس عقد الكفالة نفسه . اي أنه يتحدد على اساس موضوعه وعلى اساس مصدره .

ونعرض فيما يلي لتعيين محل التزام الكفيل على اساس الالتزام الاصلي ثم على اساس عقد الكفالة .

٢٢ـ أولا ـ تعيين محل التزام الكفيل على أساس الالتزام الأصلي :

يتحدد التزام الكفيل على اساس الالتزام الاصلي . ولهذا فانه ينبغي ان يعين الالتزام الاصلي تعيينا دقيقا يميزه عن غيره ، او على الاقل يجب ان يكون من الممكن تعيينه ، اي قابلا للتعيين . وتعيين الالتزام الاصلي يكون بتعيين طرفيه ، ومحله ، ومصدره .

٢٣ـ أ ـ تعيين الالتزام الاصلي بالنظر الى طرفيه :

فتعيين الالتزام الاصلي يكون بالنظر الى طرفيه وهما الدائن والمدين . ويتعين الدائن بالضرورة على اساس انه طرف آخر في عقد الكفالة ، اذ لا يتصور العقد دون تعيينه . فاذا لم يكن الدائن معينا ، كما لو اتفق المدين مع شخص يكفل دينا في ذمته ان يعرف الكفيل الدائن ، فلا يعتبر هذا الاتفاق كفالة الا اذا وافق الدائن المستفيد من الاشتراط بين الكفيل والمدين .

اما تعيين الدين فانه يعتبر أمرا لازما كذلك لكى يعرف الكفيل الشخص الذى سيرجع عليه اذا مااضطر الى الوفاء . ولهذا فانه اذا استبدل بالدين شخص آخر برأت ذمة الكفيل مالم يرتض الكفيل ضمان الدين الجديد (انظر المادة ٣٥٨ مدنى) وكذلك فى حالة حوالة الدين فان الكفيل ، عينيا كان ام شخصيا ، يبرأ من الكفالة قبل الدائن ، مالم يرض بالحوالة (مادة ٣١٨ مدنى).

٣٤ـ ب ـ تعيين الالتزام الاصلى بتعيين محله :

ويتعين الالتزام الاصلى كذلك بتعيين محله ، فيذكر فى عقد الكفالة أنها لضمان التزام معين . ومحل الالتزام الاصلى قد يكون مبلغا من النقود ، كما قد يكون التزاما بعمل او بامتناع . ولما كان التزام الكفيل التزاما تابعا ، فان الكفالة تتبع الالتزام الاصلى متى جاءت مطلقة ، ويتحدد التزام الكفيل كذلك على اساس الالتزام الاصلى باقتصاره على حدوده ، بحيث لايتجاوزه حتى ولو كان التزام الكفيل بشروط أشد من الالتزام الاصلى . ويتحدد التزام الكفيل اخيرا على أساس الالتزام الاصلى فى الوقت الذى قامت فيه الكفالة . ولهذا نعرض للكفالة المطلقة ، والكفالة المحددة ، ثم لتحديد الكفالة بوقت قيامها .

٣٥ـ ١ ـ الكفالة المطلقة : قد يأتى الكفيل ويضمن التزاما معينا دون اتفاق على الحدود التى يضمن فيها ، وفى هذه الحالة تكون الكفالة مطلقة . وقد تولى القانون تنظيم هذه الحالة بوضع نص يفسر به ارادة الدائن والكفيل اللذين لم يحددا باتفاق خاص مدى مايلتزم به الكفيل . فنصت المادة ٧٨١ مدنى على انه " اذا لم يكن هناك اتفاق خاص ، فان الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الاولى ، وما يستجد من المصروفات بعد اخطار الكفيل " .

ويتضح من هذا انه اذا لم يعين فى عقد الكفالة مدى التزام الكفيل ، فانه يسأل عن : (١) اصل الالتزام المكفول . وهذا مسلم به وان لم ينص عليه باعتبار

أن الكفالة انصرفت اليه ، وهو يتحدد على اساس تحديد طرفيه ومصدره . (٢) وفضلا عن ذلك ، اذا جاءت الكفالة مطلقة فانها تشمل ملحقات الدين . ويدخل في ملحقات الدين الفوائد والتعويضات وما قد يلحق به من شرط جزائي . (٣) ويسأل الكفيل في هذه الحالة كذلك عن المصروفات التي ينفقها الدائن لاستيفاء حقه . لكن ماهي الحدود التي يلتزم فيها الكفيل بالمصروفات ؟ اذا ماوجهت الدعوى الى الكفيل او الى الكفيل والمدين معا ، فان الكفيل يسأل عن مصروفات المطالبة بالدين حتى التنفيذ . لكن اذا وجهت المطالبة الى المدين وحده ، فان الكفيل يسأل عن مصروفات المطالبة الاولى ، وهي المصروفات التي تنفق في بداية رفع الدعوى كنفقات التنبيه بالوفاء ونفقات رفع الدعوى ، وهذه مصروفات لازمة لاتبدأ المطالبة الا بها . ولهذا يتحمل بها الكفيل دائما . أما مايستجد من مصروفات بعد رفع الدعوى والى حين التنفيذ واستيفاء الدائن حقه ، فان الكفيل لايلزم بها الا بعد اخطاره بالاجراءات التي اتخذها الدائن قبل المدين . ذلك أنه اذا لم يكن من الممكن اخطار الكفيل عند بدء المطالبة بالمصروفات التي لاتبدأ الدعوى قبل المدين في السير الا بانفاقها ، فانه اذا مابدأت الدعوى قبل المدين يكون من المتعين على الدائن اخطار الكفيل بها ، اذ من المحتمل ان يقوم بالوفاء ويتجنب بذلك المصروفات اللاحقة . فاذا لم يخطره الدائن لايتحمل بها الكفيل ، اذ يكون الدائن مقصرا وعليه تبعة تقصيره . اما اذا قام الدائن باخطاره ومع ذلك لم يقم بالوفاء ، فان الكفيل يتحمل بالمصروفات اللاحقة على اخطار الدائن له .

ومن هذا يتبين لنا ان الكفالة اذا ماجاءت مطلقة فانها تشمل ـ فضلا عن الالتزام المكفول ـ ملحقات الدين ، ومصروفات المطالبة الاولى ، والمصروفات التي تستجد بعد اخطار الدائن للكفيل بالاجراءات التي اتخذها .

٣٦ ـ (٢) ـ <u>الكفالة المشددة</u> : قد يتفق الدائن والكفيل على شروط أشد من شروط الالتزام الاصلي ، وفي هذه الحالة تقتضي تبعية الكفالة ان يتحدد الالتزام

الكفيل بالالتزام الاصلى ، لأنه فيما جاوز هذا الالتزام الاخير لايكون له محل. وهذا هو ماتقضى به القواعد العامة ،وما تنص عليه المادة ١/٧٨٠ بقولها انه " لاتجوز الكفالة فى مبلغ اكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشروط اشد من شروط الدين المكفول " .

وقد عرضنا لهذا عند كلامنا عن تبعية الكفالة ، ويهمنا ان نوضح ان التزام الكفيل لايصح ان يتجاوز الالتزام الاصلى فى مقداره ، ولا فى شروطه ، ايا كانت هذه الشروط . فلا يصح مثلا ان يتعهد الكفيل بدفع فوائد اذا كان التزام المدين الاصلى بدون فوائد ، كما لايصح ان يتفق الكفيل على سعر للفائدة اعلى من السعر الذى قد يتفق عليه بالنسبة للالتزام الاصلى . واذا كان الالتزام الاصلى معلقا على شرط فلا يصح ان يكون التزام الكفيل منجزا ... وبصفة عامة لايصح ان يتجاوز التزام الكفيل حدود الالتزام الاصلى من حيث شروطه ، سواء تعلقت هذه الشروط بزمان الوفاء او بمكانه ام بكيفيته ، ام بغير ذلك من الشروط والاوصاف التى يقترن بها الالتزام .

وقد رأينا فيما سبق ان الجزاء الذى يترتب فى حالة عقد الكفالة بشروط اشد من الالتزام الاصلى هو انقاص التزام الكفيل الى حدود الالتزام الاصلى ، مالم يتبين من ارادة الدائن والكفيل ان هذا الاخير اراد ان يلتزم خارج هذه الحدود على اساس آخر، طبقا للقواعد العامة، وفى هذه الحالة يكون مدينا أصليا ويتعين أن يكون لالتزامه سبب .

٣٧ـ(٣) <u>تحديد التزام الكفيل بوقت قيامه</u> : اذا كان التزام الكفيل يتحدد بالالتزام الاصلى على النحو السابق ، فانه يكون كذلك منذ بدء الكفالة ويظل بحدود قيامها ، حتى ولو طرأ على الالتزام الاصلى تغيير يزيد من نطاقه ، مالم يرتض الكفيل هذه الزيادة من جديد ، فيعتبر أنه قد كفل الى الحد الجديد الذى زاد اليه التزام المدين . اما اذا كان يترتب على التغيير الطارئ انقاص شروط التزام المدين ، فان الكفيل يستفيد من هذا التغيير ، وهو ماتمليه القواعد العامة .

هذا بالنسبة لتعيين محل الالتزام الاصلي ومدى التزام الكفيل . ولما كان من غير المحتم ان يكون معينا تعيينا دقيقا ، فانه يكفي ان يكون قابلا للتعيين . فلا يوجد مايمنع من كفالة مبلغ غير معين ، متى كان قابلا للتعيين ، كما اذا كفل شخص آخر لدى احد البنوك في حدود مبلغ معين يأخذه على دفعات خلال مدة معينة . وكما اذا كفل شخص جميع الديون المستحقة على آخر في وقت معين . ومحل التزام الكفيل يكون قابلا للتعيين كذلك اذا كان يكفل المدين في القيام بعمل ولم يقم به ، ولم يكن في استطاعة الكفيل نفسه القيام به شخصيا ، اذ يتحدد على اساس مايحكم به من تعويض .

٣٨ـ <u>(ج) ـ تعيين التزام المدين على اساس مصدره</u> : يتعين الالتزام الاصلي على اساس مصدره كذلك . فقد يتدخل الكفيل لكفالة التزام على المدين ، لكن تمس الحاجة مع هذا الى تعيين هذا الالتزام نظرا لتعدد الديون التي في ذمة المدين للدائن نفسه . وفي هذه الحالة يجب ذكر مصدر الالتزام المراد كفالته ، بحيث يحدده ويميزه عن غيره من الالتزامات الاخرى ، كأن يذكر في عقد الكفالة ان الكفيل يضمن الالتزام الناشئ عن عقد القرض في تاريخ معين ، او انه يضمن وفاء المدين بالتزامه بأداء ثمن شئ معين اشتراه في تاريخ معين .. ولا يكفي في هذا الصدد ذكر مصدر الالتزام مجردا عن الوقائع الاخرى المميزة له ، وعن تاريخه ، اذ قد تتعدد الالتزامات الناشئة عن نوع معين من العقود كالبيع مثلا ...

٣٩ ـ <u>ثانيا ـ تعيين محل التزام الكفيل على اساس عقد الكفالة</u> :

اذا كان من الممكن ان يتعين محل التزام الكفيل على اساس الالتزام الاصلي ، فانه يتعين كذلك على اساس عقد الكفالة نفسه ، نظرا لأن لطرفي هذا العقد ـ الكفيل والدائن ـ الحرية في تحديد مايترتب عليه من أثر . ومن المفهوم انه يتحدد بحدود الالتزام من حيث عدم امكان الكفالة في مبلغ اكبر ولا بشروط أشد ، كما بينا . ولكن لارادة الطرفين دورها في نطاق الكفالة بالنسبة للحالات التي يتفق فيها على شروط

أهون ، فيجوز لهما ان يتفقا على كفالة جزء من الدين فقط ، او على أن يفي الكفيل بالالتزام ـ اذا ما اضطر للوفاء به ـ على اقساط ، او على منحه أجلا اطول من اجل الالتزام الاصلي ... وفي هذه الحالة لايتقيد الطرفان بالالتزام الاصلي ، ولكن يلتزم الكفيل في حدود ما ارتضاه فقط . على ان يراعى ان تحديد النطاق الذي أراد الكفيل ان يلتزم في حدوده من المسائل الموضوعية . وعند الشك يفسر لصلحة الكفيل .

الفصل الثالث : سبب التزام الكفيل

٤٠ ـ النظرية الحديثة والنظرية التقليدية في السبب : اختلف الفقهاء حول موقف القانون المدني عندنا من نظرية السبب . فذهب البعض الى انه يأخذ بالنظرية الحديثة في السبب ، والتي ترى ان السبب هو الباعث ، او هو كما تقول المذكرة الايضاحية للقانون المدني في هذا الصدد ، انه " الباعث المستحث في التصرفات القانونية عامة ، لافرق في ذلك بين التبرعات والمعاوضات " . وذهب الجانب الاكبر الى ان السبب في ظل النصوص الحالية للقانون المدني ينصرف الى السبب بالمعنى الذي جاءت به النظرية التقليدية كما ينصرف كذلك الى السبب في النظرية الحديثة ، اي انهم يرون ازدواج السبب . ومن المعلوم ان السبب في النظرية التقليدية هو سبب الالتزام ، وهو الغرض المباشر للتعاقد ، وفي المعاوضات سبب التزام احد المتعاقدين هو التزام المتعاقد الآخر ، وفي التبرعات سبب الالتزام هو نية التبرع . اما في النظرية الحديثة فان السبب هو سبب العقد ، وهو الباعث .

٤١ ـ انقسام الفقه حول فكرة الالتزام المجرد بصدد الكفالة : وفي صدد الكفالة يثور البحث حول تطبيق نظرية السبب بالنسبة لها . ويرى جانب من الفقه انه اذا كان الاصل في القوانين اللاتينية هو ان الالتزام سبب ، فانها ، مع ذلك ، تقر الالتزام المجرد في حالات منصوص عليها بذاتها ، وان القانون المدني قد نص على حالتين احداهما حالة التزام الكفيل نحو الدائن . فالتزام الكفيل نحو الدائن

التزام مجرد . ذلك أن الكفيل ان يتمسك بجميع الاوجه التى يحتج بها المدين ، ولكن التزام الكفيل نحو الدائن التزام مجرد لايتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل ان يتمسك ضد الدائن بالدفوع التى له ان يتمسك بها ضد المدين .
وهناك جانب آخر من الفقه لا يأخذ بالرأى السابق ويرى ان التزام الكفيل التزام سبب ، فلا يأخذون بفكرة الالتزام المجرد فى حالة الكفالة ، سواء من هؤلاء الفقهاء من ينظر الى السبب بمعنى الباعث او من ينظر الى السبب بالمعنى التقليدى والمعنى الحديث معا .

٤٢ ـ اختلاف الأمر بحسب الاخذ بالنظرية الحديثة او التقليدية فى السبب :

واذا كان الاتجاه الراجح فى ظل النصوص الحالية لنظرية السبب يأخذ بازدواج السبب ،فينظر الى السبب بمعنى الباعث ، وبمعنى الغرض المباشر ، فاننا ينبغى ان نفرق فى صدد التزام الكفيل ـ من حيث انه التزام مسبب او مجرد ـ بين حالتين : حالة ما اذا نظر الى السبب بمعنى الباعث ، وحالة ما اذا نظر اليه بمعنى الغرض المباشر طبقا للنظرية التقليدية .

١ ـ فى الحالة الاولى ، حالة ما اذا اخذنا السبب بمعنى الباعث ،وفى هذه الحالة لامحل للأخذ بفكرة الالتزام المجرد ، طالما كان الباعث داخلا فى نطاق العقد ، بأن كان الدائن على علم به ،سواء فى علاقة الكفيل بالدائن وكان الكفيل متبرعا له بالكفالة او كانت الكفالة بمقابل التزم الدائن به ، ام فى علاقة الكفيل بالمدين وكانت الكفالة بمقابل من المدين او بدون مقابل .

فى جميع الحالات سواء فى علاقة الكفيل بالدائن ام حتى فى علاقة الكفيل بالمدين ، تبطل الكفالة متى كان الباعث الدافع على التعاقد بالنسبة للكفيل غير مشروع ، وكان داخلا فى نطاق العقد ، اى كان الدائن على علم به .

ولهذا فان من يرى من الفقهاء الأخذ بالنظرية الحديثة في السبب يتفق مع منطقه عندما يعرض للكلام عن السبب بالنسبة للكفالة . ذلك أنهم لا يقرون فكرة السبب المجرد في الكفالة ، لأنهم يتكلمون عن السبب بمعنى الباعث ، وهو موجود دائما ، ومن الممكن ان تبطل الكفالة استنادا اليه متى كان داخلا في نطاق العقد ، وكان غير مشروع .

٢ — وفي الحالة الثانية ، وهي حالة السبب بمعنى الغرض المباشر طبقا للنظرية التقليدية ، يفرق بين السبب الداخل في نطاق عقد الكفالة ، والسبب الخارج عن نطاق هذا العقد . فاذا كان السبب داخلا في نطاق عقد الكفالة بين الكفيل والدائن ، لا تعتبر الكفالة تصرفا مجردا ، سواء كانت الكفالة تبرعا ام كانت بمقابل . ذلك انه في حالة ما اذا كان الكفيل متبرعا ، تكفي نية التبرع حتى يتحقق السبب بمعنى الغرض المباشر طبقا للنظرية التقليدية . واذا كانت معاوضة بين الكفيل والدائن بأن التزم هذا الاخير بدفع مقابل للكفيل في مقابل كفالته ، فانها لا تكون مجردة كذلك ، اذ سبب التزام الكفيل هو الالتزام المقابل للدائن . ولهذا يمكن بطلان الكفالة اذا كان ما التزم به الدائن غير مشروع .

اما في حالة ما اذا كان السبب بمعنى الغرض المباشر خارجا عن عقد الكفالة ، اى خارجا عن نطاق علاقة الكفيل بالدائن ، فان التزام الكفيل نحو الدائن يكون مجردا ، ويمتنع على الكفيل في هذه الحالة ان يتمسك ببطلان الكفالة على اساس السبب بهذا المعنى (الغرض المباشر) . فاذا تعهد المدين للكفيل بأن يعطيه شيئا في مقابل قيامه بالكفالة ، ثم اتضح ان التزام المدين باطل ، فان التزام الكفيل قبل الدائن يظل صحيحا ، بصرف النظر عن بطلان علاقة الكفيل بالمدين ، لأن هذه العلاقة الاخيرة

خارجة عن نطاق الكفالة . وهذا خلافا لما اذا كان الباعث للكفيل على الكفالة غير مشروع ويعلم به الدائن ، فان الكفالة تكون باطلة (١) .

---

(١) هذا ويرى البعض ان الفقه الاسلامي يعرف التصرف المجرد في هذا الصدد (السنهوري : نظرية الحق في الفقه الاسلامي جـ ٤ ص ٦١) وان التزام الكفيل التزام مجرد . ولاتتأثر علاقة الكفيل بالدائن بالعلاقة بين الكفيل والمدين ، ولا يجوز للكفيل ان يتمسك ضد الدائن بالدفوع التي له ان يتمسك بها ضد المدين . ويذهب الفقه الاسلامي في هذا الصدد الى مدى ابعد مما اخذ به في القانون المصري .

فقد اورد الفقه الاسلامي في هذا الصدد انه : " اذا كفل رجل من رجل بالف درهم بأمره ، ثم غاب الاصيل ، فادعى الكفيل ان الالف من ثمن خمر ، فانه ليس بخصم في ذلك ، لأنه التزم المطالبة بكفالة صحيحة ، والمال يجب على الكفيل بالتزامه الكفالة ، وان لم يكن واجبا على الاصيل " (المبسوط للسرخسي جـ ٥ ص ٨٥ اورده المرحوم السنهوري : نظرية الحق في الاسلام جـ ٤ ، ص ٦١) .

ويهذا يتضح ان التزام الكفيل قبل الدائن التزام مجرد ، وانه ليس للكفيل ان يحتج على الدائن بأن الدين غير مشروع لانه ثمن خمر . وقد كان للمدين ان يحتج بذلك على الدائن .

والواقع ان هذا يؤدى الى وضع غريب اذ لايستطيع الكفيل التمسك بالدفوع التي كانت للمدين . وفضلا عن ذلك فان هذا يؤدى الى جعل العلاقة غير المشروعة بين المدين والدائن تنتج آثارها بذلك . وهل يتصور ان تبنى علاقة صحيحة بين الكفيل والدائن ، وتستند على علاقة باطلة وهي العلاقة الاصلية بين الدائن والمدين ؟ وفي الفرض الذى أثير هنا لاتقوم علاقة بين المدين والدائن فكيف تقوم علاقة بين الدائن والكفيل لضمانها .

ان فكرة الالتزام المجرد قد اثيرت في غير موضعها ، فالمقصود ان التزام الكفيل التزام مجرد لايتأثر بالعلاقة بين الكفيل والمدين . ولا يجوز للكفيل ان يتمسك قبل الدائن بالدفوع التي له ان يتمسك بها قبل المدين . وليس هذا هو الوضع فيما يعرض له الفرض المثار في الفقه الاسلامي .

**

الباب الثالث

آثـــار الكفالـــة

٤٣ ــ خطة البحث : لاتثور صعوبة ما اذا قام المدين بالوفاء ، وتبعا لذلك لاينحصر البحث حول آثار الكفالة . لكن اذا لم يقم المدين بالوفاء ، او اذا ما طالب الدائن الكفيل مباشرة ، يثار الكلام عن آثار الكفالة .

والكفالة ــ كما قدمنا ــ تنعقد بين الكفيل والدائن . واذا ما قامت صحيحة ترتبت عليها آثارها . وهذه الآثار تترتب أولا فى العلاقة بين طرفيها ، الدائن والكفيل ، ويكون للدائن أن يطالب الكفيل بالوفاء بالتزامه الناشئ عن عقد الكفالة ذاته . هذا هو الأثر المباشر الذى يترتب على العقد . واذا ما قام الكفيل بالوفاء ، نفذ عقد الكفالة . ولكن الأمر لاينتهى عند هذا الحد ، اذ يكون للكفيل ان يرجع على المدين ، كما يرجع على الكفلاء الآخرين اذا ما تعددوا . ولهذا فان الأثر الثانى الذى يترتب بمناسبة الكفالة ــ ولا يترتب عليها مباشرة ــ هو تصفية الموقف بين الكفيل ، اذا ما وفى ، وبين المدين ، او بين الكفيل وبين غيره من الكفلاء اذا ما تعددوا .

والكلام عن آثار الكفالة يتطلب ان نعرض أولا لعلاقة الكفيل بالدائن ، ثم لعلاقة الكفيل بالمدين ، ثم لعلاقة الكفلاء فيما بينهم .

الفصل الأول : علاقة الكفيل بالدائن

٤٤ ــ تمهيد : اذا كان الكفيل يلتزم بالوفاء بالالتزام الاصلى عند عدم قيام المدين به ، فان للدائن ان يطالبه بذلك . واذا ما قام الكفيل بالوفاء انتهى الأمر فى علاقته بالدائن . أما اذا لم يوف اختيارا فانه يكون للدائن أن يطالبه قضاء للحصول على حكم يلزمه بالوفاء اذا لم تكن الكفالة بعقد رسمى . وهذا أمر ضرورى فى صلة الدائن بالكفيل ، حتى ولو كان فى يد الدائن سند تنفيذى قبل المدين الأصلى ، لأن التزام كل منهما يختلف عن الآخر . لكن متى يحق للدائن ان يطالب الكفيل وما مدى هذه المطالبة ، هذا ما نتكلم عنه بالنسبة لمطالبة الدائن للكفيل . ثم ان الدائن اذا ما طالب الكفيل كان لهذا الاخير أن يتمسك فى مواجهته بالدفوع التى تمكنه من تأجيل هذه المطالبة ، او دفعها ، والتى قد تمكنه كذلك من ابراء ذمته كلا أو بعضا ، وهذا ما نتكلم عنه بصدد الكلام عن الدفوع التى للكفيل قبل الدائن . واذا لم يوفق الكفيل فى دفع مطالبة الدائن او لم يصل الى ابراء ذمته ، لايكون امامه من سبيل الا الوفاء بالتزامه ويكون للدائن ان ينفذ على امواله لاستيفاء حقه بموجب ما لديه من سند تنفيذى .

ولكن لما كان التزام الكفيل يأتي في المرتبة الثانية بعد التزام المدين ، لهذا منح القانون الكفيل الحق في منع الدائن من التنفيذ على أمواله حتى ينفذ أولا على اموال المدين او حتى يجرد المدين من امواله • وهذا ما يسمى بالدفع بالتجريد • وسنعرض له عند كلامنا عن الدفوع التي للكفيل بصفة عامة •

وعلى هذا نقسم دراستنا في هذا الفصل الى مبحثين رئيسيين ، نتكلم في الاول عن مطالبة الدائن للكفيل ، وفي الثاني عن دفوع الكفيل •

المبحث الأول : مطالبة الدائن للكفيل

٤٥ — متى تجوز المطالبة ومداها : يتحدد عقد الكفالة ، كما قدمنا ، على أساس الالتزام الاصلي ، وعلى أساس الاتفاق بين الدائن والكفيل ، ولا يستطيع الدائن مطالبة الكفيل قبل حلول الاجل المحدد على اساس عقد الكفالة او بموجب الالتزام الاصلي • كما انه لا يستطيع ان يطالبه وحده الا اذا كان قد رجع على المدين • فهناك شرطان لامكان المطالبة هما : حلول اجل مطالبة الكفيل ، وسبق مطالبة المدين اذا لم يطالب الدائن مدينه والكفيل معا • هذا عن شروط المطالبة او متى تحق • لكن ما مدى مطالبة الدائن للكفيل • لا شك ان للدائن ان يطالب الكفيل بكل الديون ، لكن ما هو مدى مطالبته للكفيل اذا ما تعدد الكفلاء • اذا ما تعدد الكفلاء ، فالأصل ان الكفيل لا يلتزم الا بنصيبه من الدين ، اي ان الدين ينقسم فيما بينهم ، ويكون للكفيل ان يطالب الدائن بأن تقتصر مطالبته له على قدر نصيبه ، وهذا هو حق التقسيم • فنعرض هنا لمسألتين : متى تجوز المطالبة ، ثم مداها او حق التقسيم •

المطلب الاول : متى تجوز المطالبة

٤٦ — ضرورة حلول الاجل ، ومطالبة المدين او اشراكه : لا تجوز مطالبة الدائن للكفيل الا عند حلول الاجل ، وبعد مطالبته للمدين ، او على الاقل باشراكه مع الكفيل في المطالبة • ونعرض تفصيلا لهذين الشرطين ، وهما حلول الأجل وضرورة مطالبة الدائن للمدين او اشراكه في المطالبة مع الكفيل •

٤٧ — أولا — حلول الاجل : لا يجوز للدائن ان يطالب الكفيل الا اذا سمح بذلك الاتفاق بينهما او العقد الاصلي • فاذا اتفق على أجل معين في عقد الكفالة عمل به ، مع مراعاة انه لا يصح ان يكون هذا الاجل أقصر من اجل الالتزام الاصلي ، تطبيقا لفكرة انه لا يصح عقد الكفالة بشروط اشد • واذا ما حدد في عقد الكفالة اجل اطول من اجل الالتزام الاصلي ،

فلا يكون للدائن مطالبة الكفيل الا عند حلوله، واذا كان له مطالبة المدين قبل ذلك ضد حلول الاجل الاصلي.

واذا ماجاءت الكفالة مطلقة دون اتفاق على اجل او اذا ما اتفق على اجل اقصر من أجل الالتزام المكفول تحدد أجل التزام الكفيل بالأجل الاصلي أخذا بفكرة التبعية وأن الكفالة لايصح ان تعقد بشروط أشد.

واذا كان الاجل يتحدد على هذا النحو وقت الكفالة، اما على اساس عقد الكفالة ذاته واما على اساس الالتزام الاصلي، فان مايطرأ من تغيير بعد ذلك لاينبغي أن يضر بالكفيل وان كان له أن يفيد منه. وعلى ذلك اذا تنازل المدين عن الاجل فان الكفيل لايضار بهذا التنازل، ولا يجوز للدائن مطالبة الكفيل الا عند حلول الاجل الاصلي، اذا لم يكن هناك اجل خاص بالكفيل بموجب عقد الكفالة نفسه. وعلى العكس من ذلك اذا منح الدائن او القاضي المدين اجلا، استفاد الكفيل، فلا تجوز مطالبته الا عند حلول هذا الاجل. ومع ذلك يكون للكفيل ان يتمسك في هذه الحالة بالاجل الاصلي، اذ قد يكون ذلك في مصلحته حتى يمكنه الرجوع على المدين قبل ان يعسر او يزداد اعساره (١).

ـ سقوط الأجل: يسقط الاجل طبقا للقواعد العامة (م٢٧٣ مدني) في حالات الافلاس والاعسار، او اضعاف التأمينات، او لعدم تقديم ماوعد المدين بتقديمه من تأميناته، فهل يسقط الاجل بالنسبة للكفيل اذا ما سقط بالنسبة للمدين الاصلي؟ هناك خلاف في الفقه، والرأي الراجح ان الاجل لايسقط بالنسبة للكفيل.

٤٨ ـ ثانيا ـ سبق مطالبة المدين او مطالبته مع الكفيل: اذا كان الدائن لايستطيع الرجوع على الكفيل الا عند حلول الاجل على النحو السابق. فهل يمكنه ان يرجع مباشرة على الكفيل دون المدين الاصلي؟ نصت المادة ١/٧٨٨ على انه "لايجوز للدائن ان يرجع على الكفيل وحده الا بعد رجوعه على المدين". وازاء هذا النص تفرق بين فروض ثلاثة. ذلك ان الدائن اما أن يرجع على المدين، واما أن يرجع على المدين والكفيل، واما أن يرجع على الكفيل وحده.

١ ـ فاذا مارجع على المدين وحده، ولم يقم المدين بالوفاء، كان له أن يرجع بعد ذلك على الكفيل باعتباره يقوم بدور احتياطي. وعليه ان يقوم بالوفاء بعد المدين. لكن ما المقصود برجوع المدين في هذه الحالة؟

(١) منصور مصطفى [illegible]. عقد الكفالة، المرجع السابق ص٣٥.

لايقصد بالرجوع مجرد التنبيه بالوفاء او الاعذار ، ولكن المقصود به هو رفع الدعوى للحصول على حكم يلزم المدين بالوفاء ، اللهم الا اذا كان بيد الدائن سند رسمي ، اذ يكفي للرجوع على المدين في هذه الحالة مجرد التنبيه بالوفاء .

واذا ماأفلس المدين يكفي ان يتقدم الدائن في التفليسة حتى يقوم هذا مقـــام رفع الدعوى ، وبالتالي يمكن للدائن أن يطالب الكفيل ، ذلك ان التقدم في التفليسة هـــو الطريق الوحيد الذي يمكن للدائن سلوكه ، نظرا لأنه يترتب على الافلاس وقف اتخـــاذ الدائنين اجراءات فردية ضد المدين المفلس . وهذا خلافا لحالة الاعسار ، اذ لايحـــول الاعسار دون اتخاذ الدائنين اجراءات فردية ضد المدين (م ٢٥٦ / ١ مدني) .

٢ ــ وقد يرجع الدائن على المدين والكفيل معا ، وهذا جائز طبقا لما يفهم من نص القانون .

٣ ــ اما اذا رجع الدائن على الكفيل وحده ، دون سبق الرجوع على المدين ، أو علـى الاقل اشراكه مع الكفيل ، فلا يجوز له ذلك . لكن ماهو الحكم اذا مارجع عليه وحده ؟ اذا مـا رفعت الدعوى على الكفيل وحده ، يمكن القول انها قد رفعت قبل الميعاد ، اى قبل أوانها ، ولهذا يكون له ان يدفع بعدم قبولها . وطبقا لما تقضى به المادة ١١٥ مرافعات يجوز ابـداء الدفع بعدم القبول في أية حالة كانت عليها الدعوى .

لكن هل يستطيع الكفيل التمسك دائما بهذا الدفع اذا مارفعت الدعوى عليه وحـده ، دون سبق الرجوع على المدين ؟ لايستطيع الكفيل ذلك في كل الحالات ، ففي بعض الاحيان لايمكنه ان يدفع بعدم القبول وذلك :

أ ــ اذا كان قد تنازل صراحة او ضمنا عن التمسك به ، اذ من حقه ان يلـــزم الدائن بالبدء بالرجوع على المدين . وهو يستطيع التنازل عن هذا الحق لأنه يقرر لصالحـه وحمايته .

ب ــ اذا كان الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يكون للكفيل ان يدفع دعوى الدائـن . وهذا هو ماتقضى به القواعد العامة في التضامن ، اذ تخول الدائن الحق في الرجوع علـى اى من المدينين المتضامنين ، او عليهم مجتمعين (م ٢٨٥ مدني) ، ولهذا لايلتزم الدائـن بمطالبة المدين الاصلي قبل الاحتياطي وهو الكفيل . وهذا مايمكن الأخذ به كذلك قياسا علـى ماجاءت به المادة ٧٩٢ مدني التي تنص على انه " تجوز كفالة الكفيل . وفي هذه الحالـــة لايجوز للدائن ان يرجع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا اذا كان كفيل الكفيـــل متضامنا مع الكفيل " . ذلك ان كفيل الكفيل مجرد كفيل عادي للكفيل الاصلي الذي يعتبر في

منزلة المدين . وإذا كان لايجوز للدائن الرجوع على كفيل الكفيل قبل رجوعه على الكفيل الا في حالة التضامن . فانه يمكن قياسا على ذلك القول بأنه لايصح للدائن الرجوع على الكفيل قبل الرجوع على المدين الا في حالة التضامن كذلك .

جـ ـ وأخيرا لايكون للكفيل ان يدفع قبل الدائن بمطالبة المدين اذا كان رجوع الدائن على المدين عديم الجدوى، بأن كان معسرا ، اذ لايكون للكفيل مصلحة من وراء تمسكه بالدفع .

هذه هي الحالات التي لايكون فيها للكفيل التمسك بالدفع بسبق مطالبة المدين او على الاقل بمطالبته معه ، وفيما عدا ذلك يكون له ان يتمسك به . لكن هل يتعين ان يتمسك به الكفيل ، ام ان للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها بعدم قبول الدعوى التي يرفعها الدائن على الكفيل اذا لم يشرك معه المدين او اذا لم يرفعها من قبل على المدين وحده ؟ هناك خلاف في الفقه اذ يرى البعض أن للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها . ولكن الرأى السائد هو أنه لايجوز للمحكمة ان تقضي من تلقاء نفسها ، وانما يتعين على الكفيل التمسك به لأنه قصد به حماية مصلحة الكفيل . هذا ويراعى ان ماقلناه بالنسبة للكفيل يصدق على كفيل الكفيل الذى له ان يدفع مطالبة الدائن لعدم سبق مطالبة الكفيل الاصلي او اشراكه معه (انظر المادة ٧٩٧ مدنى) .

المطلب الثاني : مدى مطالبة الدائن للكفيل
(حق التقسيم)

٤٩ ـ ضرورة توافر شروط معينة : اذا كان الكفيل واحدا وطالبه الدائن ، طبقت الاحكام السابقة ، مع مراعاة تحديد مايطالب به الكفيل على اساس الالتزام الاصلي ، وعقد الكفالة، فاذا كان قد كفل كل الدين طولب به جميعه . لكن قد يتعدد الكفلاء للدين الواحد ، فما هو مدى مايطلبه الدائن من كل منهم ؟ نصت المادة ٧٩٢ على انه ١ ـ اذا تعدد الكفلاء لدين واحد ، وبعقد واحد ، وكانوا غير متضامنين فيما بينهم قسم الدين عليهم . ولا يجوز للدائن ان يطالب كل كفيل الا بقدر نصيبه في الكفالة . ٢ ـ اما اذا كان الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية، فان كل واحد منهم يكون مسئولا عن الدين كله، الا اذا كان قد احتفظ لنفسه بحق التقسيم " .

ومن هذا نتبين انه لكي ينقسم الدين يجب أن تتوافر شروط معينة :

(١) - أن يتعدد الكفلاء لدين واحد : فلا ينقسم الدين بين الكفيل والمدين ، وليس للكفيل ان يطلب تقسيم الدين بينه وبين المدين ، لأن التزام كل منهما غير التزام الآخر ، وللسبب نفسه لا ينقسم الدين بين الكفيل وكفيله ، اذ الكفيل يضمن الالتزام الاصلى أما كفيل الكفيل فانه يضمن التزام الكفيل ، فالتزام كل منهما يختلف عن التزام الآخر ،

(٢) - يلزم أن يكون الكفلاء المتعددون بعقد واحد : ذلك أن كلا منهم فى هذه الحالة يعتمد على الباقين ، خلافا لما اذا كانت كفالة كل منهم بعقد مستقل ، فان كل واحد منهم يلتزم بكل الدين ، اذ المفروض انه لم يعتمد على باقى الكفلاء الآخرين ، الا اذا تبين خلاف ذلك ، بأن كان الكفيل يعلم ان آخرين تقدموا لكفالة الالتزام نفسه واحتفظ لنفسه بحق التقسيم ، فلا يسأل الا عن نصيبه ، وهذا مانصت عليه الفقرة ٢ من المادة ٧٩٢ مدنى ،

(٣) - عدم تضامن الكفلاء : لكى يمكن التقسيم ، يلزم أن يكون الكفلاء على النحو السابق غير متضامنين ، ذلك ان تضامن الكفلاء يعنى ان للدائن الحق فى مطالبة اى منهم بالدين كله ، وهذا بخلاف ما اذا كان التضامن بين أحد الكفلاء وبين المدين ، اذ يكون للكفيل ان يطلب التقسيم مع غيره من الكفلاء غير المتضامنين ،

(٤) - التقسيم بين كفلاء الدين الواحد : ويمكن ان يضاف الى ماسبق شرط آخر لم يعرض له المشرع ، وان كان واضحا - هو أن التقسيم لا يكون الا بين كفلاء الدين الواحد ، فلو تعدد المدينون حتى فى دين واحد وحتى ولو كانوا متضامنين ، وكفل كلا منهم كفيل ، فليس لأى كفيل ان يطلب التقسيم مع الكفلاء الاخرين ، اذ لاتوجد علاقة بين كفلاء لمدينين مختلفين ، وهذا خلافا لما اذا كان كل كفيل قد تدخل لضمان جميع المدينين ، فيجوز له أن يطلب التقسيم مع باقى الكفلاء الذين يكفلون جميع المدينين كذلك ،

٥ - أثر توافر الشروط السابقة : اذا توافرت الشروط السابقة كان على الدائن أن يطالب كل كفيل بحصته فقط من الدين ، والاصل ان تتساوى حصص الكفلاء ، مالم يتفق على خلاف ذلك ، واذا ماطالب الدائن أحد الكفلاء بكل الدين يكون له أن يدفع هذه المطالبة فى أية حالة كانت عليها الدعوى ، بل ان للمحكمة ألا تحكم على الكفيل بغير حصته من تلقاء نفسها ، ولما كان التقسيم حتميا ويتم بقوة القانون ، يترتب على ذلك انه اذا أعسر أحد الكفلاء تحمل الدائن نتيجة هذا الاعسار ، وليس له ان يطالب باقى الكفلاء بحصة المعسر ، ولهذا فان من مصلحة الدائن عند تعدد الكفلاء ان يشترط تضامنهم حتى يتلافى نتيجة اعسار أحدهم ،

(المبحث الثاني : دفوع الكفيل قبل الدائن)

٥١ـ بيان دفوع الكفيل قبل الدائن : لما كان التزام الكفيل يتحدد على أساس عقد الكفالة، والالتزام الاصلي ، فان مايثبت له من دفوع يتحدد على هذا الاساس كذلك . فهناك دفوع تثبت له بمقتضى الالتزام الاصلي ، وهناك دفوع تثبت من عقد الكفالة . والى جانب ذلك فان للكفيل دفوع تترتب على الكفالة اذا ماقامت صحيحة . ونعرض فيما يلي لهذه الانواع المختلفة من الدفوع .

المطلب الاول : الدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي

٥٢ ـ تمسك الكفيل بجميع الاوجه التي يحتج بها المدين : نصت المادة ١/٧٨٢ على انه " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ، وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين " .

ومن هذا النص نتبين أن ذمة الكفيل تبرأ بمجرد براءة المدين ، باعتبار أن التزام الكفيل التزام تابع ، يستمد وجوده من الالتزام كالوفاء والابراء والمقاصة والتقادم ، فان التزام الكفيل ينقضي بالتبعية . وللكفيل أن يتمسك بانقضاء التزامه تبعا لانقضاء الالتزام الاصلي . بل وله أن يتمسك بأوجه الانقضاء المتعلقة بالالتزام الأصلي .

واذا كانت ذمة الكفيل تبرأ على هذا النحو فان له كذلك ان يتمسك بجميع الدفوع التي يحتج بها المدين . وللكفيل ان يتمسك بالدفوع التي يحتج بها المدين سواء تعلقت بالالتزام الاصلي ام بالمدين نفسه . فله أن يتمسك في مواجهة الدائن ببطلان الالتزام الاصلي أيا كان سبب البطلان كانعدام الرضا أو المحل او السبب او لتخلف الشكل الذي يستلزمه القانون . كما أن له ان يتمسك بابطال العقد الاصلي ايا كان سبب الابطال ، مع مراعاة مايقضي به القانون بالنسبة لنقص الأهلية كما سنرى فيما يلي .

ويتمسك الكفيل بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي حتى ولو كان متضامنا مع المدين وهذا مانصت عليه المادة ٧٩٤ بقولها : " يجوز للكفيل المتضامن ان يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفوع متعلقة بالدين " .

ويتمسك الكفيل بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي ليس فقط باسم المدين ، بـل أيضا باسمه هو لأنه صاحب مصلحة شخصية مباشرة ، اذ يترتب على انقضاء الالتزام الأصلي او بطلانه ، انقضاء التزامه الذي يقوم تبعا للالتزام الاصلي ويزول بزواله • فالتمسك بالدفوع المتعلقة بالالتزام الاصلي حق خاص للكفيل ، ويترتب على ذلك : أن له ان يتمسك بها ولو نزل عنها المدين ، فاذا نزل المدين عن التمسك بحقه في التقادم كان للكفيل مع ذلك التمسك به ، فيعتبر الدين قائما في ذمة المدين دون الكفيل الذي تمسك بالتقادم ، لأن نزول المدين عن التمسك بالتقادم لايصح ان يضر بالكفيل • كما يترتب على ذلك أيضا ان يكون للكفيل ان يتدخل في الدعوى بين الدائن والمدين لكي يتمسك بالدفوع التي قد لايتمسك بها المدين بل أن له ان يرفع دعوى مبتدأة على الدائن يتمسك فيها بالأوجه الخاصة بالالتزام الاصلي •

على أنه قد يحدث ان يكون العقد الاصلي قابلا للابطال ، فيتنازل المدين عن حقه في طلب الابطال باجازة العقد ، وفي هذه الحالة اذا صار العقد نهائيا بالاجازة لايكون للكفيل التمسك بالابطال ، الا اذا ثبت تواطؤ المدين مع الدائن اضرارا بالكفيل •

٢ ــ <u>حالة نقص اهلية المدين</u> : اذا كان للكفيل ان يتمسك بالدفوع الخاصة بالالتزام الاصلي على النحو السابق ، فان المادة ٢/٧٨٢ نصت على حكم خاص بحالة الاهلية فقضت بأنه " اذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته ، وكان الكفيل عالما بذلك وقت التعاقد ، فليس له ان يحتج بهذا الوجه " •

ويعرض هذا النص لحالة استثنائية من القاعدة الواردة بالنص نفسه في الفقرة الاولى والتي تجعل للكفيل ان يتمسك بجميع الدفوع التي للمدين ، وعلى ذلك اذا كان الكفيل عالما بنقص اهلية المدين وقت التعاقد ، فلا يكون له ان يتمسك بهذا ليطلب ابطال الالتزام الاصلي استنادا الى نقص الاهلية • ويفهم من ذلك انه اذا كان الكفيل يجهل نقص اهلية المدين وقت التعاقد فان له ان يتمسك بهذا الوجه ويطلب ابطال الالتزام الاصلي • كما أنه اذا ماقـام المدين ناقص الاهلية في هذه الحالة بطلب ابطال الالتزام الاصلي ، وقضى له به انقضى التزامه ، وتبعا لذلك ينقضي التزام الكفيل ، ولا يبقى الكفيل ملتزما في هذه الحالـة الا اذا

كانت الكفالة حاصلة بسبب نقص الاهلية • فلا يكفي مجرد العلم بنقص الاهلية وانما ينبغي — حتى يظل الكفيل ملتزما — ان تكون الكفالة بسبب نقص الاهلية طبقا لما جاءت به المادة ٧٧٧ •

ولهذا يمكن القول — خلافا لما يراه فريق من الفقه — بأنه لاتعارض بين المادة ٧٧٧ والمادة ٢/٧٨٢ • ذلك ان النص الاول — كما قدمنا يعرض لحالة الكفالة بسبب نقص الاهلية • فاذا لم تكن الكفالة بسبب نقص الاهلية — حتى ولو كان الكفيل يعلم بنقص الاهلية • لكنه لم يتدخل للكفالة بسبب هذا النقص • بل لمجرد الكفالة فقط — فان التزامه يزول اذا تمسك ناقص الاهلية بنقص اهليته وبزوال التزام الكفيل بالتبعية • كل ماهنالك انه اذا كان الكفيل يعلم وقت العقد بنقص أهلية المدين • فلا يكون له ان يحتج بهذا الوجه لكي يطلب ابطال العقد وذلك طبقا لنص المادة ٢/٧٨٢ •

المطلب الثاني : الدفوع المتعلقة بالتزام الكفيل

٣٥ — للكفيل التمسك بكافة الدفوع المتعلقة بانعقاد الكفالة وأوصاف التزامه او انقضائه استقلالا :

يلتزم الكفيل على اساس عقد الكفالة • ولهذا فانه يستطيع التمسك بالدفوع الناشئة عن هذا العقد • فله أن يتمسك بأوجه الدفع المتعلقة ببطلان هذا العقد نفسه لعدم توافر ركن من أركانه • او بابطاله لعيب في الرضا او نقص في الاهلية • طبقا للقواعد العامة في العقود •

والى جانب ذلك فان للكفيل ان يتمسك بالأوصاف التي تلحق التزامه كعدم تحقق الشرط الواقف الذي علقت عليه الكفالة • او تخلف الشرط الفاسخ المقترن بها • او عدم حلول الاجل •

واذا مانشأت الكفالة صحيحة • فان للكفيل ان يتمسك ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة عن الالتزام الاصلي • وهو يتمسك بالانقضاء طبقا للقواعد العامة • وفي كل هذا لاتختلف الكفالة باعتبارها عقدا • عن غيرها من العقود الأخرى • فللكفيل ان يتمسك بكل دفع يتعلق بانعقاد الكفالة او يتعلق بما قد يلحق التزامه من اوصاف • او يتعلق ببراءة ذمته لانقضاء التزامه بصفة مستقلة •

المطلب الثالث : الدفوع المترتبة على عقد الكفالة

٤٥- تمهيد - تحديد الدفوع التي نعرض لها في هذا الصدد :

الى جانب الدفوع التي ينشئها العقد نفسه ، توجد دفوع أخرى تترتب على قيام الكفالة صحيحة مستندة الى التزام صحيح . فالكفالة اذا ماقامت صحيحة رتبت حقوقا للكفيل يستطيع التمسك بها قبل الدائن ، وقد يؤدى التمسك بها الى تأجيل المطالبة الدائن او تقرير براءة ذمته ، او تأجيل التنفيذ مؤقتا على أمواله .

ولقد رأينا أن الكفيل يستطيع ان يتمسك قبل الدائن بعدم جواز مطالبته وحده ، قبل الرجوع على المدين ، وأن للكفيل ان يدفع بذلك في أية حالة كانت عليها الدعوى ، متى توافرت شروط معينة . كما رأينا كذلك ان للكفيل ان يطلب الى الدائن تقسيم الدين في حالة ما اذا تعدد الكفلاء ، ولن نعرض لدراسة هذين الوجهين . الا انه فضلا عن ذلك فان للكفيل دفوعا أخرى تترتب على عقد الكفالة ، اذ يخوله القانون ان يمتنع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون من اجراءات قد يؤدى عدم القيام بها الى تهديد الكفيل في الحصول على حقه من المدين ، مثل عدم تسليم مستندات الدين . وللكفيل ان يتمسك بتأجيل التنفيذ مؤقتا للتأكد من كفاية او عدم كفاية اموال المدين للوفاء بالدين قبل التنفيذ على اموال الكفيل ، وهذا هو الدفع بالتجريد . ثم ان الكفيل قد يهدف من وراء تمسكه بدفع من الدفوع الى براءة ذمته كلها او بعضها ، كالدفع باضاعة التأمينات ، والدفع بتأخر الدائن في اتخاذ اجراءات المطالبة تأخرا ضارا بالكفيل .

وسنعرض فيما يلى لهذه الدفوع المختلفة ، نتكلم أولا عن الدفع بالامتناع عن الوفاء الى ان يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون ، ثم للدفع بتأخر الدائن في المطالبة تأخرا ضارا بالكفيل ، ثم للدفع باضاعة التأمينات ، وأخيرا للدفع بالتجريد - على هذا الترتيب .

أولا ـ الدفع بالامتناع عن الوفاء الى أن يقوم الدائن بما يفرضه عليه القانون

٥٥ـ تطبيق للدفع بعدم التنفيذ : حماية للكفيل فى رجوعه على المدين يقضى القانون (مادة ٧٨٧ مدنى) أن على الدائن أن يقوم : (١) بتسليمه المستندات اللازمة لاستعمال حقه فى الرجوع • ذلك ان الكفيل اذا ماوفى كان له الحلول محل الدائن •وتبعا لذلك تعتبر المستندات لازمة لكى تتمكن الكفيل من الرجوع على المدين • وللكفيل أن يمتنع عن تنفيذ التزامه بالوفاء للدائن اذا لم يقم هذا الأخير بتسليمه المستندات • وله أن يلجأ الى الايداع القضائى (م ٣٤٩ مدنى) • (٢) وعلى الدائن ـ فى حالة ما اذا كان الدين مضمونا بمنقول مرهون أو محبوس ـ ان يتخلى عنه للكفيل • ذلك انه يجب على الدائن ان يقوم بما يلزم ليحل الكفيل محله فى استيفاء حقه عند الرجوع على المدين • (٣) واذا كان الدين مضمونا بتأمين عقارى • يلتزم الدائن ان يقوم بالاجراءات اللازمة لنقل هذا التأمين • على أن يتحمل الكفيل مصروفات النقل ويرجع بها على المدين •

فى جميع الحالات السابقة يكون للكفيل ان يطالب الدائن بتنفيذ ما يوجبه عليه القانون • والا كان له ان يدفع مطالبته بالامتناع عن الوفاء حتى يقوم الدائن بما يوجبه عليه القانون • وهذا الدفع من الدفوع الموضوعية • وهو يعد تطبيقا للدفع بعدم التنفيذ •

ثانيا ـ الدفع بتأخر الدائن فى المطالبة تأخرا ضارا بالكفيل

٥٦ـ تمهيد : يلتزم الدائن بمطالبة المدين عند حلول الاجل • كما يلتزم ـ بصفة عامة ـ باتخاذ الاجراءات الخاصة بالمطالبة فى الوقت المناسب • فاذا ما تأخر وترتب على ذلك ضرر للكفيل • كما اذا أعسر المدين او زاد اعساره خلال مدة التأخير • كان للكفيل ان يدفع مطالبة الدائن ببراءة ذمته بالقدر الذى أصابه من ضرر بسبب تأخر الدائن فى المطالبة • وقد يحصل أن يقوم الكفيل باخطار الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين ولا يقوم الدائن بذلك • كما أنه قد يفلس المدين ولا يتقدم الدائن فى التفليسة • فى كل هذه الحالات اذا كان من شأن التأخر فى اتخاذ الاجراءات اللازمة الاضرار بالكفيل • كان له ان يدفع مطالبة الدائن بأن يطلب براءة ذمته بقدر ما أصابه من ضرر • ونفصل ما أجملناه فيما يلى :

٥٧ ـ(١)ـ لايكفي مجرد التأخر او عدم اتخاذ الاجراءات ، بل يلزم ان يكون خطأ ضـارا بالكفيل :

فاذا كان الاصل ان تأخر الدائن في الرجوع على المدين او عدم اتخاذ الاجراءات قبله لايترتب عليه سقوط حقه في مطالبة الكفيل طبقا لما تقضي به المادة ٧٨٥/١، الا أنه قد يترتب على تأخره في اتخاذ تلك الاجراءات او عدم اتخاذها اصلا اضرار بالكفيل ، يهدده في رجوعه على المدين . ولهذا تنبغي حماية الكفيل ازاء موقف الدائن . ذلك أنه اذا كان النص السابق يقضي بأنه " لاتبرأ ذمة الكفيل لمجرد ان الدائن تأخر في اتخاذ الاجراءات او لمجرد انه لم يتخذها " فان هذا لايعني عدم مساءلة الدائن اذا ترتب على تأخره او عدم قيامه اصلا بالاجراءات ضد المدين ، اضرار بالكفيل . وهنا تطبق القواعد العامة في المسئولية كما بينت الاعمال التحضيرية في هذا الصدد . وتطبيق القواعد العامة يؤدي الى انه اذا كوّن تأخر الدائن في اتخاذ الاجراءات ، او عدم اتخاذها اصلا قبل المدين خطأ ترتب عليه ضرر للكفيل ، تبرأ ذمة هذا الأخير بقدر ما أصابه من ضرر . ولا يترتب على مجرد التأخر في الاجراءات او عدم اتخاذها أصلا أية مسئولية ، ولكن اذا ترتب للكفيل ضرر ، كما اذا أعسر المدين ، وثبت أن هذا الضرر نشأ عن اهمال الدائن اهمالا يرتكبه الشخص العادي فانه يكون مسئولا . واثبات الخطأ والضرر يقع على الكفيل . واذا ما نجح تقررت براءة ذمته بقدر ما ناله من ضرر . هذا عن الحالة التي يثبت فيها خطأ على الدائن وضرر للكفيل طبقا للقواعد العامة .

٥٨ ـ(٢)ـ حالة انذار الكفيل للدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين والقعود عن اتخاذها :

ولكن المشرع قد تعرض لحالة ما اذا قام الكفيل بانذار الدائن باتخاذ الاجراءات قبل المدين ولكنه لم يتخذها ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة الكفيل دون حاجة الى اثبات خطأ وضرر كما في الحالة السابقة . فقد نصت المادة ٧٨٦/٢ " على ان ذمة الكفيل تبرأ اذا لم يقم الدائن باتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة اشهر من انذار الكفيل للدائن ، ما لم يقدم المدين ضمانا كافيا " .

ولكى تبرأ ذمة الكفيل فى هذه الحالة يتعين أولا أن يقوم بانذار الدائن باتخاذ الاجراءات ، الا أنه ينبغى أن يتم هذا الانذار فى وقت يكون فيه للدائن امكان مباشرة هذه الاجراءات . ويكون ذلك وقت حلول اجل الالتزام الاصلى لاقبله ، بصرف النظر عما يمنحه الدائن من اجل للمدين بعد ذلك، لأن للكفيل ان يتجاهل امتداد الاجل. كما يتعين كذلك ان يقعد الدائن عن اتخاذ الاجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من الانذار . اذ يعتبر ذلك خطأ من جانب الدائن ، وهو خطأ يفترض بمجرد عدم اتخاذ الاجراءات خلال تلك المدة.

اذا لم تتخذ الاجراءات على هذا النحو ضد المدين عن طريق رفع الدعوى ما او اتخاذ اجراءات التنفيذ اذا كانت الكفالة فى سند رسمى ، كان للكفيل ان يتمسك ببراءة ذمته ، هذا مالم يقدم المدين ضمانا كافيا للكفيل.

٥٩ ـ (٣) ـ عدم تقدم الدائن فى تفليسة المدين :

لما كان من المتعين ان يقوم الدائن بمطالبة المدين فى وقت مناسب ، فقد طبق القانون هذا المبدأ فى حالة افلاس المدين ، اذ أوجب على الدائن التقدم بالدين فى التفليسة، لأن الافلاس يسقط الاجل ، فاذا لم يقم الدائن بهذا اعتبر مقصرا وسقط حقه فى الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر . وهذا وجه آخر لحماية الكفيل ، لأنه لا يستطيع الدخول فى تفليسة المدين قبل ان يفى للدائن . ولهذا حماه القانون فأوجب على الدائن التقدم فى التفليسة ، والا كان للكفيل أن يتمسك ببراءة ذمته بقدر ما كان يحصل عليه لو أنه تقدم فى التفليسة .

واذا كانت المادة ٧٨٦ مدنى قد عرضت لهذا الحكم فى حالة الافلاس بالنسبة للتجاره فان البعض يرى اعماله فى حالة الاعسار بالنسبة لغير التجار ، [illegible] اساس [illegible] ن الدائن يلتزم ازاء الكفيل بمطالبة المدين فى الوقت المناسب .

فى جميع الحالات السابقة، سواء فى حالة تطبيق القواعد العامة فى المسئولية ، او فى حالة عدم اتخاذ الدائن الاجراءات او اهمال اتخاذها بعد انذاره ، او فى حالة عدم التقدم فى التفليسة ، يكون للكفيل دفع قبل الدائن ببراءة ذمته كلها أو بعضها ،

وهى دفوع موضوعيـــة .

ثالثا – الدفـــع باضاعة التأمينـــــــات

٦٠ – تمهيـد :

قد يكون الدين الاصلى مضمونا بتأمينات أخرى، ولهذا يكون على الدائن المحافظـة على تلك التأمينات حتى يتسنى للكفيل أن يحل محله فيها بعد الوفاء. فاذا لم يقم الدائـن بالمحافظة عليها، وبذل العناية اللازمة لذلك – وهى عناية الشخص المعتاد – كان مسئـولا عما ضاع بتقصيره، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ماأضاعه الدائن، لأنه فوّت عليه فرصة استيفاء حقـه منها، ويكون للكفيل ان يتمسك قبل الدائن ببراءة ذمته بقدر ماأضاعه الدائن من تأمينات خاصة. وقد نصت المادة ٧٨٤ على انه : " ١ – تبرأ ذمة الكفيل بقدر ماأضاعه الدائن بخطئـه من الضمانات – ٢ – ويقصد بالضمانات فى هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الديـن، ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون". ولكى يستطيع الكفيل ان يتمسك بهـذا الدفع ينبغى أن تتوافر شروط معينة. فينبغى أن يكون الدائن قد أضاع تأمينا خاصـا، وأن يكون ذلك بخطأ منه، وأن يترتب على هذا ضرر للكفيل. ونعرض لهذه الشروط فيما يلـى، ثم نبين مايترتب على توافرها من الآثار.

٦١ – شروط الدفع : هناك شروط ثلاثة ينبغى توافرها، نعرض لها فيما يلى :

(١) يلزم ان يكون الدائن قد اضاع تأمينا خاصا : والتأمين الذى يعنيه القانون فى هذا الصدد ينصرف الى اى نوع من انواع التأمينات، شخصية كانت ام عينية، طالما كانت مخصصـة لضمان الدين، فيصح ان يكون هذا التأمين كفالة أخرى، او تضامنا او وسيلة اخرى من وسائـل الضمان كالحق فى الحبس، كما قد يكون رهنا او حق اختصاص او حق امتياز. ولا يهـم مصدر هذا التأمين، فقد يكون اتفاقيا او قضائيا او مقررا بحكم القانون، كما لا يهم تاريـخ نشوئه، سواء كان قبل الكفالة ام بعدها. كما لا يهم فى النهاية ماإذا كان التأمين مقدما مـن المدين نفسه وعلى ماله، ام مقدما من غير المدين وعلى مال هذا الغير كالكفيل العينـى. كل مايهم فى هذا الصدد ان يكون هناك تأمين يضيعه الدائن.

فاذا لم يكن هناك تأمين على النحو الذى يتطلبه القانون ، ولكن الدائن أهمل فقط فى اكتساب تأمين خاص ، فلا ينطبق حكم المادة ٧٨٤ سالفة الذكر . وعلى هذا اذا اهمل المؤجر فى الزام المستأجر بوضع منقولات فى العين المؤجرة تأمينا للوفاء بدين الاجرة طبقا لما تقضى به المادة ٥٨٨ مدنى ، فلا يبرأ الكفيل الذى يكفل المستأجر فى دين الاجرة، لأن امتياز المؤجر، وهو التأمين الذى يقرره له القانون، لايقوم الا اذا وجدت المنقولات فعلا فى العين (انظر المادة ١١٤٣ مدنى) . فلكى تنطبق المادة ٧٨٤ يجب ان يوجد التأمين الخاص ثم يضيعه الدائن ، وفى مثل هذه الحالة لم يوجد التأمين ، اذ أنه لايوجد الا بعد دخول المنقولات الى العين بالفعل .

واضاعة التأمين الخاص تكون بأية وسيلة تنشأ بخطأ الدائن وتقصيره ، وعدم المحافظة على هذا التأمين . مثل ذلك اهمال قيد الرهن او تجديده ، يعتبر اضاعة له ، وكما اذا هلك الشيء المحمل برهن حيازى او بامتياز بفعل الدائن نفسه . وقد تكون اضاعة التأمين عن طريق عدم الافادة منه الافادة الطبيعية ، مثل التنازل عن أولويته فى مرتبة الرهن . بل قد تكون اضاعة التأمين الخاص بابراء الدائن أحد الكفلاء او تنازله عن حقه فى الحبس او عن الرهن .

هذا بالنسبة للمقصود باضاعة تأمين بفعل الدائن ، لكن الى جانب هذا يلزم أن يكون التأمين خاصا . ويقصد بذلك أنه اذا ترتب على فعل الدائن اضعاف الضمان العام لمدينه ، فلا يستفيد الكفيل من ذلك وبالتالى لاتبرأ ذمته . وعلى ذلك اذا لم يقم الدائن بمباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات ، فان فعله - اذا لم يترتب عليه اضاعة تأمين خاص - لايكون له أثره ، حتى ولو أدى ذلك الى اضعاف الضمان العام . فلا يكون للكفيل أن يستند الى اضعاف الضمان العام لكى يدفع باضاعة التأمينات ، اللهم الا اذا كوّن فعل الدائن خطأ سبب ضررا للكفيل فيلزم الدائن بالتعويض طبقا للقواعد العامة .

(٢) - يلزم ان تكون اضاعة التأمينات بخطأ الدائن : هذا الخطأ قد يكون بفعل ايجابى كابراء احد الكفلاء او التنازل عن الرهن ، كما قد يكون بفعل سلبى مثل عدم قيد الرهن أو عدم تجديده . ويعتبر الدائن مخطئا فى جميع الحالات متى خرج فى سلوكه عن سلوك

الشخص المعتاد . وعلى الكفيل ان يثبت ان ضياع التأمين الخاص كان بخطأ الدائن . والخطأ في هذه الحالة قد يقع من الدائن شخصيا أو قد يقع ممن يسأل الدائن عن أعماله كالوكيل او التابع .

ويلزم أن تكون اضاعة التأمينات بخطأ الدائن او من يسأل عنه على النحو السابق . وعلى هذا اذا كانت اضاعة التأمينات بسبب آخر، كما اذا هلك الشيء محل الرهن مثلا بسبب القوة القاهرة، اوبفعل الغير اوبفعل المدين او الكفيل فلا يكون الدائن مسئولا ، وبالتالي لايكون للكفيل ان يدفع باضاعة التأمينات . لكن ماالحكم اذا كانت اضاعة التأمينات ناتجة عن خطأ مشترك بين الدائن والكفيل ؟ اختلف الرأى حول هذا الموضوع . فذهب البعض الى انه في حالة التقصير المشترك لاتبرأ ذمة الكفيل ولو جزئيا ، اذ لايصح له أن يتأذى من عمل اشترك في ايقاعه او على الاقل كان يمكنه تلافيه . وذهب الآخرون الى أن المسئولية توزع على قدر خطأ كل من الدائن والكفيل ، وتبرأ ذمة الكفيل بقدر ماوقع من الدائن من تقصير . وهذا الرأى الأخير هو مايرجحه الفقه ، وهو في الواقع مايتفق والقواعد العامة في الخطأ المشترك .

(٣) ـ الاضرار بالكفيل : يلزم ان يترتب على اضاعة التأمينات الخاصة ، الاضرار بالكفيل . وهذا يعني أنه اذا لم يترتب على اضاعتها اضرار بالكفيل ، فلا تبرأ ذمته ولا يكون له أن يدفع قبل الدائن باضاعة التأمينات . ولهذا يلزم ان يكون التأمين الذى أضاعه الدائن ذا قيمة . فاذا لم تكن له قيمة ـ كما اذا كان رهنا مقررا على عقار ومتأخرا عن غيره من رهون تستغرق قيمته ـ فان ضياعه لن يؤثر على مركز الكفيل ، وتبعا لذلك لايكون له أن يدفع باضاعة التأمينات . انما يلزم لكي يستفيد من هذا الدفع ان يكون التأمين ذا قيمة وألا يقوم الدائن بتقديم تأمين غيره يساويه في قيمته .

ويتفق الفقه على أنه يكفي أن يضيع الدائن تأمينا خاصا ذا قيمة، حتى تبرأ ذمة الكفيل بقدر ماضاع من تأمينات، حتى ولو كان المدين موسرا يستطيع الوفاء اذا مارجع عليه الكفيل ، وحتى لو كانت هناك تأمينات أخرى تضمن للكفيل حقه عند رجوعه على المدين . ذلك

أن من شأن هذا الضياع أن يقلل من فرص حصول الكفيل على حقه عند رجوعه على المدين ، ولا يمكن للدائن ان يحتج ، عندما يتمسك الكفيل باضاعة التأمينات ، بيسار المدين أو بوجود تأمينات أخرى ، اذ لو صح هذا فلا تكون له مصلحة في التمسك ببقاء الكفالة .

٦٢ـ أثر توافر الشروط السابقة :

اذا توافرت الشروط التي يستلزمها القانون يستطيع الكفيل التمسك قبل الدائن باضاعة التأمينات عن طريق الدفع ، كما أن له فضلا عن ذلك ان يتمسك ببراءة ذمته على هذا الاساس بطريق الدعوى ، يرفعها ضد الدائن مطالبا ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من تأمينات . وسواء تمسك الكفيل ببراءة ذمته على هذا النحو ، عن طريق الدعوى أو عن طريق الدفع ، فانه يقوم باثبات توافر الشروط السابقة ، فيثبت اضاعة الدائن بخطئه لتأمين وجد ، فاذا ما أثبت ذلك افترض الضرر في جانبه . ويكون على الدائن نفي وقوع ضرر للكفيل ، كما اذا كان التأمين الذي ضاع غير ذي قيمة ، او كما اذا قدم له تأمينا آخر يساويه .

والدفع باضاعة التأمينات من الدفوع الموضوعية ، للكفيل ان يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى ولو أمام الاستئناف . ويتعين على الكفيل ان يتمسك به فلا تبرأ ذمته بقوة القانون . ولما كان هذا الدفع خاصا بالكفيل فان له ان يتنازل عنه ، لأنه لا يتعلق بالنظام العام . واذا ما تمسك به على هذا النحو ، فانه لا يحكم ببراءة ذمته الا بقدر ما ضاع من تأمينات . ولهذا تبرأ ذمته من الدين كله اذا كان ما ضاع من تأمينات يساوي قيمة الدين كله .

رابعا ـ الدفع بالتجريد

٦٣ـ تمهيد : الدفع وسيلة لمنع التنفيذ على اموال الكفيل قبل تجريد المدين ـ أهمية الدفع ـ تقسيم الموضوع :

اذا ما طالب الدائن الكفيل عند حلول الاجل ، واستوفى الشروط الاخرى ، ولم يكن للكفيل اي دفع من شأنه ان يؤجل هذه المطالبة او يدفعها نهائيا ، عن طريق طلب ابراء ذمته كلها او بعضها ، كان للدائن ان يلجأ الى المرحلة الاخيرة وهي التنفيذ على اموال الكفيل . انما لكي يستطيع القيام بذلك ينبغي أن يصدر له حكم يلزم الكفيل بالوفاء بالدين .

اللهم الا اذا كانت الكفالة ثابتة بسند رسمى ، فانه لايحتاج الى استصدار حكم بالزام الكفيل بالدين .

لكن لما كان التزام الكفيل التزاما تابعا ، فقد خوله القانون وسيلة يمنع بها الدائن من التنفيذ على ماله أولا قبل التنفيذ على مال المدين ، وهذا هو الدفع بالتجريد . لكن كيف يستفيد الكفيل من هذا الدفع ؟ اذا مارفع الدائن دعوى على الكفيل لاستصدار حكم بالزامه بالوفاء ، كان للكفيل ان يتمسك بالتجريد قبل صدور الحكم النهائى . اما اذا كان بيده سند رسمى فان للكفيل ان يتمسك بالتجريد بمجرد اعلانه وتكليفه بالوفاء . وان كان له ان يتمسك به عند اجراء التنفيذ عن طريق الاستشكال فى التنفيذ .

وللدفع بالتجريد أهميته من حيث انه يؤدى الى اختصار الاجراءات ، مما يترتب عليه الاقتصاد فى الوقت والنفقات . ذلك ان الدائن اذا مارجع على الكفيل فقام بالوفاء ، كان لهذا الاخير بعد ذلك ان يرجع على المدين . لكن اذا مادفع الكفيل بالتجريد قام الدائن بالتنفيذ مباشرة على اموال المدين فلا تتكرر الاجراءات . هذا فضلا عن ان الدائن لن يضار لأنه سيحصل على حقه كاملا من المدين .

وقد نصت المادة ٢/٧٨٨ مدنى على الدفع بالتجريد ، فقررت انه لايجوز للدائن " ان ينفذ على أموال الكفيل الا بعد تجريده المدين من امواله . ويجب على الكفيل فى هذه الحالة ان يتمسك بهذا الحق " . ويقتضى الكلام عن الدفع بالتجريد ان نبين من له الحق فى هذا الدفع ، ثم نبين ماهى شروط التمسك به ، والآثار المترتبة على قبوله ، ونعرض أخيرا لصورة خاصة للدفع بالتجريد تكلم عنها القانون .

<u>٦٤ـ١ـ الكفلاء الذين لهم حق الدفع بالتجريد :</u>

للكفيل ان يتمسك بالدفع بالتجريد باعتباره ملتزما بالتزام تابع للالتزام الاصلى ، ولهذا لايثبت الدفع للمدين المتضامن اذ ليس له ان يدفع بتجريد مدين آخر متضامن معه . لكن ليس لكل كفيل ان يدفع بالتجريد ، ولكن نفرق بين نوعين من الكفلاء ، الكفيل الشخصى ، والكفيل العينى . فالاصل ان لكل كفيل شخصى ان يتمسك بالدفع ، متى توافرت الشروط

التي سنعرض لها فيما يلي ، اما الكفيل العيني فليس له ذلك. وهذا يقتضي ان نبين الفارق بين الاثنين .

— الكفيل الشخصي فهو الكفيل الذي يتقدم للضمان عن طريق ضم ذمته الى ذمة المدين الاصلي فيزيد بذلك من الضمان للدائن الذي يكون له ان ينفذ على اموال مدينه وعلى أموال الكفيل جميعها . والكفيل في هذه الحالة اذ يلتزم على اساس الكفالة يلتزم التزاما شخصيا ، ولا تتحدد مسئوليته بمال معين ، بل يقوم الجانب الايجابي في ذمته بالضمان . وهذه هي الصورة العادية للكفالة.

— الكفيل العيني : اما الكفيل العيني ، فهو من تقتصر مسئوليته على مال معين من أمواله ، اذ ينشيء لمصلحة الدائن حقا عينيا تبعيا ، حق رهن ، على هذا المال . ويكون الدائن فضلا عن الضمان العام على اموال مدينه ان ينفذ على هذا المال فقط من اموال الكفيل . فالكفالة العينية لاتخول الدائن التنفيذ على جميع اموال الكفيل — كما في الكفالة الشخصية — بل يقتصر الأمر على المال الذي يخصص للوفاء بالدين ، ولا يلتزم الكفيل الا في حدود هذا المال فقط .

وللتفرقة بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية أهميتها من حيث الدفع بالتجريد . فاذا كان الأصل أن الكفيل الشخصي هو الذي يتمسك بالتجريد ، اذا توافرت شروط معينة كما سنرى ، فان الكفيل العيني لايستطيع التمسك — في الاصل — بهذا الدفع . وقد نصت المادة ١٠٥٠ مدني على انه " اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، مالم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك" . ذلك انه اذا ماقام الكفيل برهن مال معين ، فانه يخول الدائن سلطة التنفيذ على هذا المال قبل غيره ، اللهم الا اذا وجد اتفاق يقضي بألا ينفذ الدائن على هذا المال قبل التنفيذ على اموال المدين ، وفي هذه الحالة يكون له حق التجريد في حدود مايقضي به الاتفاق .

٦٥ــ٢ــ شروط الدفع بالتجريد :

لكي يستطيع الكفيل الدفع بالتجريد يجب ان تتوافر شروط معينة • فيلزم ان يتمسك الكفيل بهذا الدفع • وألا يكون متضامنا مع المدين • وأن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تكفي للوفاء بالدين كله •

أ ــ تمسك الكفيل بالدفع بالتجريد : لكي يستفيد الكفيل من الدفع بالتجريد يجب عليه التمسك به • فالتجريد حق مخول للكفيل ولصالحه • ولهذا يكون له وحده ان يتمسك به وان يتنازل عنه •

فللكفيل وحده ان يتمسك به • وليس للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها • ولكن متى يكون للكفيل ان يتمسك بهذا الدفع ؟ لم يتعرض القانون صراحة لهذا الموضوع • ولقد كان مشروع تنقيح القانون المدني يقضي بأن على الكفيل ان يتمسك بطلب التجريد عند الاجراءات الاولى التي توجه ضده • ولكن هذا النص حذف دون بيان سبب الحذف • ولهذا اتجه الفقه الى الرأي الذي كان راجحا قبل صدور القانون المدني الحالي وأقرته محكمة النقض والذي يقضي بأن للكفيل غير المتضامن الحق في ابداء الدفع بالتجريد في اي وقت مناسب • مالم يصدر منه قول او فعل او ترك يدل على تنازله عنه • ويجوز له ذلك حتى ولو لم يكن قد طلبه بعد أن قطع التنفيذ على امواله اكثر مراحله اذ آل الى المدين بعد مطالبة الدائن للكفيل أموال جديدة • ولأنه لايمكن ان يحمل سكوته عن التمسك به على انه تنازل • نظرا لعدم توافر شروط التمسك بالدفع •

والواقع ان الدفع بالتجريد يهدف الى منع التنفيذ مؤقتا على مال الكفيل • ولهذا فان تكلم هذا الاخير في الموضوع لايعني تنازله عن التمسك بالدفع • فيحق له ان يتمسك به في أية حالة كانت عليها الدعوى حتى التنفيذ • مالم يصدر منه مايدل على التنازل • فاذا ماطالب الدائن الكفيل كان للاخير ان يدفع بالتجريد • وهذا الدفع لايمنع من اتمام نظر الدعوى حتى يقضى بالزامه بالدين • ويعدم التنفيذ على امواله قبل تجريد اموال المدين •

والتنازل من الدفع بالتجريد قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . والتنازل الصريح يكون عادة عند انعقاد الكفالة حيث يتفق عليه مع الدائن تيسيرا له في استيفاء حقه،والتنازل الضمني يكون بكل ما يدل عليه . وقد يكون ذلك بعدم تمسك الكفيل بالدفع ، رغم توافر شروطه ، حتى تسير الاجراءات مرحلة كبيرة . لكن سواء كان التنازل صريحا او ضمنيا ، فانه يلزم ان يكون قاطعا في الحالتين . واذا ماقام الشك حول حصول التنازل من عدمه فسر هذا الشك لصالح الكفيل وأن يحمل على انه لم يتنازل عنه . وتقدير ما اذا كان قد حصل تنازل من الامور الموضوعية . واذا ماثبت حصوله ، فلا يكون للكفيل أن يتمسك بالدفع بعد ذلك .

ويراعى أنه اذا ماتنازل الكفيل عن الدفع بالتجريد ، فان هذا لا يمنع كفيل الكفيل من التمسك به ، ويكون له الى جانب حقه في تجريد الكفيل ان يطلب تجريد المدين نفسه ، لأن دفوعه مستقلة عن دفوع الكفيل ، وتنازل أحدهما لا يسري بالنسبة للآخر . وهذا ما يتجه اليه غالبية الفقه .

ب — عدم تضامن الكفيل مع المدين : نصت المادة ٧٩٣ على انه " لا يجوز للكفيل المتضامن ان يطلب التجريد " . ومن هذا النص يتبين أن الكفيل المتضامن مع المدين لا يكون له ان يدفع بالتجريد . ويكون للدائن ان يطالب المدين او الكفيل ويقوم بالتنفيذ على اى منهما . هذا مالم يكن الكفيل قد احتفظ لنفسه صراحة في عقد الكفالة بالدفع بالتجريد رغم تضامنه .

وتضامن الكفيل مع المدين اذا كان يحرم الكفيل من الدفع بالتجريد على هذا النحو ، فانه لا يؤثر على حق كفيل الكفيل في الدفع بالتجريد قبل الكفيل مالم يتفق على تضامنه . لكن هل يؤثر ذلك على حقه في الدفع بالتجريد قبل المدين ؟ انقسم الفقه ، ويرى الغالبية أن تضامن الكفيل مع المدين لا يؤثر على حق كفيل الكفيل الذى يستطيع التمسك بالدفع بالتجريد قبل المدين في هذه الحالة ، هذا مالم يتفق على تضامنه .

جـ ـ يجب أن يرشد الكفيل الدائن عن اموال تفي بالدين كله : نصت المادة ٧٨٩ على انه : " ١ ـ اذا طلب الكفيل التجريد ، وجب عليه أن يقوم على نفقته بارشاد الدائن الى اموال للمدين تفي بالدين كله . ـ ٢ ـ ولا عبرة بالاموال التى يدل عليها الكفيل، اذا كانت هذه الاموال تقع خارج الاراضي المصرية ، أو كانت اموالا متنازعا فيها " .

اذا ماطلب الكفيل تجريد المدين، كان من الواجب ان يقوم على نفقته بارشاده الى اموال المدين . ولا يكفي هذا ، بل ينبغي ان تتوافر شروط معينة بالنسبة لما يرشد عنه من اموال .

فيجب أولا أن تكون الاموال التى يرشد عنها كافية للوفاء بالدين كله، وذلك حتى يكون ارشاده منتجا . ولا يكفي ان تكون الاموال كافية للوفاء بجزء من الدين ، اذ لا يصح اجبار الدائن على قبول جزء من الدين فقط (م ١/٣٤٢) . كما انه اذا مااستوفى الدائن جزءا من الدين فسيعود بالباقي على الكفيل ،وفى هذا تأخير له فى استيفاء حقه ، وتعقيد للاجراءات بالنسبة له . ولهذا لايقبل الدفع بالتجريد اذا لم تكن الاموال كافية للوفاء بالدين كله . وهذه الكفاية من المسائل الموضوعية التى تخضع لتقدير القاضي .

ويجب ثانيا أن يكون من الممكن الحجز على الاموال التى يرشد عنها الكفيل . كما يجب كذلك أن تكون غير متنازع فيها ، حتى لاتتعقد الاجراءات الى ان يحصل الدائن على حقه ، اذ يتعين الفصل فى المنازعة أولا . ويكفي لاعتبار المال متنازعا فيه ان يقوم بشأنه نزاع جدى ، حتى ولو لم ترفع بشأنه دعوى .

ويجب أخيرا أن تكون الاموال التى يرشد عنها الكفيل داخل الاراضي المصرية ، فلا عبرة بما يرشد عنه الكفيل خارج الاراضي المصرية، حتى لايكون هناك ارهاق للدائن ، ولكى يتلافى بذلك التعقيد فى الاجراءات الذى يؤخر حصوله على حقه .

هذه هى الشروط اللازمة بالنسبة لما ينبغي أن يرشد عنه الكفيل من اموال . ولكن الارشاد عن اموال المدين قد يستلزم القيام بنفقات مثل رسوم استخراج صور من مستندات

المدنية ، وهذه النفقات يقوم بها الكفيل • وهذه النفقات غير النفقات التي يقوم بها الدائن للتنفيذ ، اذ يتحمل بها على أن يقوم بالمطالبة بها مع الدين •

٦٦-٣- الآثار التي تترتب على قبول الدفع بالتجريد :

اذا تمسك الكفيل بتجريد المدين ، وتوافرت الشروط اللازمة ، وأجابته المحكمة الى طلبه • ترتب على ذلك وقف التنفيذ على امواله ، والزام الدائن بالتنفيذ على الاموال التي أرشد عنها الكفيل ، ثم تحمّل الدائن باعسار المدين اذا لم يتخذ الاجراءات قبله في الوقت المناسب • ونعرض لهذه الآثار فيما يلي :

(أ) - وقف التنفيذ على اموال الكفيل : يترتب على الدفع بالتجريد ، اذا ماتوافرت شروطه عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد تجريد المدين من امواله (انظر م ٢/٧٨٨ مدني) • فاذا ماقام الدائن رغم ذلك بأي اجراء من اجراءات التنفيذ وقع هذا الاجراء باطلا ، بل ان الاجراءات التي اتخذها الدائن في سبيل التنفيذ قبل الحكم بالتجريد تقع باطلة كذلك متى حكمت المحكمة بالتجريد •

وعدم جواز التنفيذ ، لايترتب عليه منع السير في اجراءات الدعوى التي يكون الدائن قد رفعها على الكفيل للمطالبة بالوفاء في الحالة التي لايكون بيد الدائن فيها سند تنفيذي ، الى ان يحصل على حكم ملزم للكفيل بالوفاء ، ولكن لايجوز تنفيذ هذا الحكم اذا ماقبل الدفع بالتجريد •

ومن ناحية أخرى فان عدم جواز التنفيذ على اموال الكفيل لايترتب عليه منع الدائن من اتخاذ الاجراءات التحفظية على اموال الكفيل كتوقيع الحجز التحفظي وطلب وضع الاختام على اموال تركته عند وفاته •

(ب) - التزام الدائن بالتنفيذ على الاموال التي أرشد الكفيل عنها : يلتزم الدائن ، في حالة قبول الدفع بالتجريد ، بالتنفيذ على الاموال التي ارشد الكفيل عنها • فاذا استوفى الدائن حقه كاملا برأت ذمة الكفيل • أما اذا بقي جزء من حقه ، او لم يستطع الحصول

الكفيل عند التنفيذ عليها من قيمتها وقت التقدير ، أو لأي سبب آخر ، كان للدائن أن يرجع على الكفيل بما يتبقى له .

(جـ) تحمل الدائن اعسار المدين اذا لم يتخذ الاجراءات قبله في الوقت المناسب:

اذا لم يقم الدائن باتخاذ اجراءات التنفيذ على اموال المدين في الوقت المناسب ، بأن تباطأ على نحو غير عادي ، عد مقصرا ، فاذا أعسر المدين تحمل الدائن نتيجة هذا الاعسار وكان مسئولا عنه قبل الكفيل ، ولهذا اذا ما استطاع الكفيل اثبات تقصير الدائن وعدم اتخاذه الاجراءات في الوقت المناسب مما أدى الى اعسار المدين ، برأت ذمته قبل الدائن بقدر الأموال المطلوب تجريدها (انظر المادة ٧٩٠ مدني) .

٦٧ـ صورة خاصة للدفع بالتجريد :

بعد أن عرض المشرع للدفع بالتجريد بصفة عامة ، عرض لصورة خاصة للدفع بالتجريد ، وهي حالة ما اذا كان هناك تأمين عيني خصص لضمان الدين ذاته ، فأعطى الكفيل الحق في طلب تجريد المدين من الاموال المحملة بهذا التأمين . وقد نصت المادة ٧٩١ على هذه الحالة بقولها : " اذا كان هناك تأمين عيني خصص قانونا او اتفاقا لضمان الدين ، وقدمت كفالة بعد هذا التأمين او معه ، ولم يكن الكفيل متضامنا مع المدين ، فلا يجوز التنفيذ على أموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التي خصصت لهذا التأمين " . ومن هذا النص تبين أنه يلزم للتمسك بهذه الصورة من التجريد أن تتوافر شروط معينة :

أ ـ يلزم ان يكون هناك تأمين عيني : هذا التأمين العيني ينبغي ان يكون ناشئا عن الاتفاق كالرهن او عن القانون كالامتياز . لكن ما الحكم اذا كان مصدره القضاء ، كما هو الشأن بالنسبة للاختصاص ؟ ترى غالبية الفقه انه يدخل في التأمين العيني هنا كذلك الاختصاص ، لأن القانون يقضي بأن يسري على الاختصاص ما يسري على الرهن الرسمي من أحكام .

واذا كان هناك تأمين عيني على النحو السابق ، فلا يهم ما اذا كان واردا على عقار او على منقول ، كما لا يهم ما اذا كان ضامنا للدين فقط ، او ما اذا كان ضامنا له ولديون

أخرى ، و يهم أخيرا ماذا كان المال الذى يرد عليه الحق العينى يكفى للوفاء بكل الدين أو بجزء منه .

ويثور الكلام فى هذا الصدد حول من يقوم بتقديم التأمين . هل يلزم ان يكون مقدما من المدين ، ام يصح ان يقدم من المدين او من آخر كالكفيل العينى ؟ جاء نص المادة ١ ٧٩١ خلوا من البيان حول هذا الموضوع . ولكن الرأى الغالب والذى يكاد الاجماع ينعقد عليه فى الفقه انه يلزم ان يكون التأمين مقدما من المدين نفسه ، لأن الأمر يتعلق بصورة خاصة من الدفع بالتجريد ، فضلا عن انه يتفق مع القواعد العامة والتى تقضى بأنه لايجوز للكفيل الشخصى ان يطلب تجريد الكفيل العينى من أمواله ، فاذا كان المال المطلوب تجريده فى هذه الحالة مملوكا لغير المدين أى للكفيل العينى ، ماكان للكفيل ان يطلب التجريد .

ب ـ يلزم ان تقدم الكفالة مع التأمين او بعده : ذلك انه اذا ماقدمت الكفالة مع التأمين العينى ، فان الكفيل يعتمد عليه، وكذلك الحال اذا ماتقدم الكفيل بالكفالة بعد وجود التأمين العينى . اما اذا جاء التأمين بعد الكفالة، فلا مجال لاعتماد الكفيل عليه ، ولهذا لايفيد من الدفع الذى نصت عليه المادة ١ ٧٩١ ، وان كان له ان يدفع بالتجريد طبقا للقواعد العامة ، السابق ذكرها ، متى توافرت شروطه .

ج ـ يلزم ألا يكون الكفيل متضامنا مع المدين : ذلك ان الكفيل المتضامن لايستطيع الدفع بالتجريد طبقا للقاعدة العامة ، كما لايستطيع ذلك ايضا فى حالة ماذا كان هناك تأمين عينى طبقا للمادة ١ ٧٩١ ، لأن التضامن يعنى تنازله عن هذا الدفع .

د ـ ويلزم فى النهاية ان يتمسك الكفيل بهذا الدفع : ذلك ان الحق الثابت بالمادة ١ ٧٩١ ماهو الا نوع من التجريد ، ولهذا يتعين ـ فضلا عن حق التمسك فى التمسك بالتجريد طبقا للقواعد العامة سالفة الذكر ـ ان يتمسك الكفيل به ، لأنه مقرر لمصلحته ، ولهذا لاتقضى به المحكمة من تلقاء نفسها ، كما انه يكون للكفيل ان يتنازل عنه .

اذا توافرت الشروط السابقة ، كان على المحكمة قبول الدفع ، ويترتب على ذلك مايترتب على الدفع بالتجريد من آثار . ومعنى ذلك انه لايجوز التنفيذ على اموال الكفيل الا بعد التنفيذ على الاموال التى خصصت لضمان الدين . فاذا كانت هذه الاموال كافية

انقضى التزام الكفيل . اما اذا لم تكن كافية ، نفذ بالباقي على اموال الكفيل . وفي هذا الصدد يفترق الدفع بالتجريد هنا عنه طبقا للقواعد العامة ، لأنه اذا كان يلزم طبقا للقواعد العامة ان يرشد الكفيل عن اموال للمدين تفي اصلا بالدين كله ، فانه لا يلزم للتمسك بالتجريد طبقا للمادة ٧٩١ ان يكون التأمين العيني كافيا للوفاء بالدين كله .

الفصل الثاني

علاقة الكفيل بالمدين

٦٨ـ تمهيد : اذا ما رجع الدائن على المدين مباشرة، وقام هذا الاخير بالوفاء انتهى التزامه وانتهى التزام الكفيل تبعا له ، ولا تثار صعوبة ما . لكن قد لا يوفي المدين اوقد يرجع الدائن مباشرة على الكفيل ويقوم هذا الاخير بالوفاء . فاذا قام الكفيل بالوفاء كان له ان يرجع على المدين او المدينين عند تعددهم . وتخول القواعد العامة للكفيل الموفي في هذه الحالة الحق في الرجوع على المدين بقدر ما دفعه باعتباره من الغير وقام بوفاء الدين على اساس الدعوى الشخصية (م ٣٢٤ مدني) . كما يكون للكفيل كذلك الرجوع طبقا للقواعد العامة على أساس الحلول محل الدائن طبقا للمادة ٣٢٦ والتي تقضي بأنه اذا قام بالوفاء شخص غير المدين ، حل الموفي محل الدائن الذي استوفى حقه " اذا كان الموفي ملزما بالدين مع المدين ، او ملزما بوفائه عنه" . هذا ما تقضي به القواعد العامة .

ولكن المشرع الى جانب ذلك أعطى الكفيل، في صدد الكلام عن الكفالة، دعوى شخصية لا تعتبر مجرد تطبيق لما جاءت به المادة ٣٢٤ ، ولكنها تخوله حقوقا اكثر مما تخوله القواعد العامة ، وتختلف عنها من حيث شروطها وأحكامها . كما طبق المشرع كذلك حكم المادة ٣٢٦ في شأن الكفالة اذ نص في المادة ٧٩٩ على حق الكفيل الذي وفى الدين في الحلول محل الدائن في جميع الاحوال .

وسنعرض فيما يلي لهذين الطريقين اللذين نص عليهما القانون بصدد الكفالة وبموجبهما يستطيع الكفيل الرجوع على المدين ، وهما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول . ولما كانت احكام رجوع الكفيل على المدين تختلف بحسب ما اذا كان المدين شخصا واحدا او عدة اشخاص،

فاننا نعرض لرجوع الكفيل على المدين اذا كان واحدا ، ثم نعرض بعد ذلك لرجوعه في حالة تعدد المدينين .

المبحث الأول

رجوع الكفيل على المدين الواحد

٦٩ ـ رجوع الكفيل بالدعوى الشخصية ودعوى الحلول :

الى جانب القواعد العامة التي تخول للكفيل الرجوع على المدين ، فان القانون قد نظم له دعويين هما الدعوى الشخصية ودعوى الحلول على نحو مابينا . ونعرض أولا للدعوى الشخصية ثم لدعوى الحلول .

أولا ـ الدعوى الشخصية

٧٠ ـ تمهيد ـ تقسيم الموضوع :

نظم المشرع عند كلامه عن الكفالة رجوع الكفيل على المدين على أساس الدعوى الشخصية ، وهي تختلف ، كما بينا ، عن الدعوى المنصوص عليها في المادة ٣٢٤ ، اذ يستطيع الكفيل بموجب هذه الدعوى الشخصية أو دعوى الكفالة ، كما تسمى أحيانا ، الحصول على حقوق أكثر مما يستطيعه طبقا للقواعد العامة . وانما يلزم للرجوع بموجب هذه الدعوى ان تتوافر شروط معينة ، واذا ماتوافرت هذه الشروط كان للكفيل ان يرجع على المدين . واذا لم تتوافر أمكنة الالتجاء الى القواعد العامة ، بالاضافة الى حقه في الرجوع بدعوى الحلول . لكن بم يرجع الكفيل اذا ماتوافرت شروط دعوى الكفالة ؟ او بعبارة اخرى ماهو موضوع هذه الدعوى ؟ هذا مانعرض له فيما يلي ، فنتكلم أولا عن شروط الدعوى الشخصية ثم عن موضوعها أو مايمكن أن يرجع به الكفيل .

٧١ ـ أ ـ شروط الدعوى الشخصية :

لكي يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب ان يكون قد قام بالوفاء فعلا ، انما يلزم ان يكون هذا الوفاء قد تم عند حلول أجل الدين . وأن يكون قد تم لصالح المدين ودون معارضته ، كما يلزم في النهاية ألا يكون الوفاء بتقصير من الكفيل سبب ضررا للمدين . ونعرض لكل من هذه الشروط فيما يلي :

(١) ـ وفاء الكفيل: لكي يستطيع الكفيل الرجوع على المدين يجب أن يكون قد وفى الدين ، وهذا واضح من نص المادة ١/٨٠٠ . ولا يقصد بذلك أن يقوم الكفيل بالوفاء فقط ، وإنما يكون له الرجوع اذا كان هناك مايقوم مقام الوفاء كالمقاصة او غيرها متى ترتب على ذلك براءة ذمة المدين . ولا تثار صعوبة مااذا برأت ذمة المدين عن طريق الوفاء الكلى او مايقوم مقام الوفاء متى قام به الكفيل . لكن ماالحكم اذا وفى الكفيل بجزء من الدين فقط ؟ اذا وفى الكفيل بجزء من الدين كان له أن يرجع على المدين بما وفى . واذا رجع الدائن بالباقي له على المدين فى الوقت نفسه تساوى الكفيل معه واقتسما أموال المدين قسمة غرماء . أما اذا كان المدين قد وفى جزءا من الدين ، ورجع الدائن على الكفيل بالباقي فوفاه ، فان المدين يبرأ نهائيا قبل الدائن ، ويكون للكفيل ان يرجع عليه بما وفاه فقط .

(٢) حلول الاجل: اذا ماوفى الكفيل الدين فانه لايستطيع الرجوع على المدين الا عند حلول اجل الالتزام الاصلى . وعلى هذا اذا كان الكفيل قد وفى قبل حلول هذا الاجل كان عليه ان ينتظر الى حين حلوله . ويكون للكفيل ان يرجع عند حلول هذا الاجل حتى ولو كان الدين قد منح أجلا جديدا ، كما أن له ان يرجع كذلك ولو قبل حلول الاجل الاصلى اذا كان المدين قد نزل عن الاجل ، لأن الكفيل يستفيد من ذلك . فاذا وفى قبل الاجل الاصلى ، كان له الرجوع مباشرة على المدين .

(٣) ان تكون الكفالة قد عقدت لمصلحة المدين ودون معارضته : قد تنعقد الكفالة لمصلحة الدائن وحده ، كما قد تنعقد لمصلحة الدائن والمدين معا . وفى هذه الحالة الاخيرة يكون للكفيل ـ اذا ماوفى ـ ان يرجع على المدين ، متى توافرت الشروط الاخرى للدعوى الشخصية . اما اذا كانت الكفالة قد عقدت لمصلحة الدائن وحده ، فلا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين . وشرط كون الكفالة لمصلحة المدين لايتضح من النصوص وانما يسلم به الشراح .

ومن ناحية اخرى فانه يلزم ـ لكي يستطيع الكفيل الرجوع ـ ان تكون الكفالة دون معارضة من المدين . ذلك ان الكفالة يصح ان تكون بعلم المدين ، كما تجوز كفالته بغير علمه ،

بل وتجوز ايضا رغم معارضته (م ٧٧٥) . ولما كانت المادة ١/٨٠٠ تخوّل الكفيل الذى وفى الدين ان يرجع على المدين ، سواء كانت الكفالة قد عقدت بعلمه او بغير علمه فقط دون أن تتعرض لحالة ما اذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضته ، فانه يمكن ان يستنتج من ذلك انه لايكون للكفيل الحق فى الرجوع على المدين ، اذا كانت الكفالة قد عقدت رغم معارضته . ويتفق الشراح على هذا ، اذ يرون أنه ليس للكفيل الذى وفى ان يرجع بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) على المدين اذا كان هذا الاخير قد عارض فى الكفالة. لأنه لايمكن تفسير موقف الكفيل الذى يقوم بالكفالة رغم معارضة المدين الا على انه قد قبل الاقتصار فى رجوعه على المدين على أساس القواعد العامة او على اساس الحلول محل الدائن .

<u>(٤) ـ أن لايكون الكفيل قد أخطأ فى الوفاء بحيث ينشأ عن ذلك ضرر للمدين :</u>

يوجب القانون على الكفيل ان يخطر المدين قبل ان يقوم بوفاء الدين ، اذ من المحتمل ان يكون المدين قد وفى الدين ، او يكون لديه سبب من الاسباب يستند اليه فى طلب بطلان الدين او انقضائه . فاذا قام الكفيل بالوفاء دون اخطار المدين بذلك ، سقط حقه فى الرجوع عليه متى ثبت ان المدين كان قد وفى ، او أنه كان عنده وقت الاستحقاق من الاسباب مايمكن الاستناد اليه فى بطلان الدين ، كانعدام المحل او السبب او مخالفته للنظام العام والآداب .. اويمكن الاستناد اليه فى انقضائه ، كما اذا كان قد انقضى بمضى المدة او بالمقاصة او بغيرها من اسباب الانقضاء الاخرى (انظر المادة ١/٧٩٨ مدنى) .

اذا ماثبت ذلك لايكون للكفيل الذى وفى الرجوع على المدين ، اذ يعتبر الكفيل مقصرا ، فضلا عن ان مثل هذا الوفاء لم يعد على المدين بفائدة ما . ولكن عدم امكان الرجوع هنا مشروط بأن يتسبب للمدين ضرر من عدم اخطاره بالوفاء . فاذا لم يتسبب له ضرر من ذلك كان للكفيل الرجوع عليه . بل ان للكفيل الرجوع عليه ، متى كان الكفيل قد قام باخطاره قبل الوفاء ولم يعارض المدين فى الوفاء فى وقت مناسب ، حتى ولو تسبب للمدين ضرر بأن كان قد دفع الدين فعلا ، او كانت لديه اسباب تقضى ببطلان الدين او بانقضائه (أنظر م ٢/٧٩٨) .

٢٢ـ ب ـ موضوع الدعوى الشخصية (ما يرجع به الكفيل) :

اذا قام الكفيل بالوفاء كان له ان يرجع على المدين بالدعوى الشخصية متى توافرت شروطها . لكن بم يرجع الكفيل على المدين ؟

(١) ـ للكفيل ان يرجع على المدين بكل ما دفعه لابراء ذمته، فهو يرجع عليه بأصل الدين، وبالفوائد المكفولة التي استحقت الى يوم الوفاء . كما يرجع بالمصروفات، سواء تلك التي أنفقها الدائن في الاجراءات ضد المدين واضطر الكفيل الى دفعها لدخولها فيما يكفله، ام التي انفقها الدائن ضد الكفيل ودفعها له الكفيل، او تلك التي انفقها الكفيل نفسه مثل مصروفات الارشاد عن اموال المدين عند الدفع بالتجريد .

على انه بالنسبة للمصروفات التي انفقها الكفيل او انفقها الدائن في مواجهته، لايستطيع الرجوع الا بما دفعه " من وقت اخباره المدين الاصلي بالاجراءات التي اتخذت ضده " (م ٢/٨٠٠) ذلك انه اذا قام الدائن باتخاذ الاجراءات ضد الكفيل كان على هذا الاخير أن يخبر المدين بهذه الاجراءات، اذ من المحتمل ان يقوم المدين بالوفاء فيتلافى المصروفات التي قد يقوم بها الكفيل أو الدائن من الوقت الذي كان يجب فيه الاخطار . ولهذا اذا لم يقم الكفيل باخطاره تحمل بها لأنه مقصر في عدم اخطار المدين بالاجراءات . فاذا تم اخطار المدين كانت المصروفات التالية على هذا الأخير، ويكون للكفيل الرجوع بها .

هذا ولما كانت مصاريف المطالبة الاولى ـ مصروفات رفع الدعوى او التنبيه بالوفاء على الكفيل ـ لازمة ولا يعلم بها الكفيل الا بعد انفاقها، ولا تكون لديه فرصة لاخبار المدين الا بعد حصولها، فانه يمكن القول ـ قياسا على ماجاء به القانون في المادة ٧٨١، في حالة الكفالة الغير محددة ـ بأن للكفيل الرجوع بها على المدين .

وعلى ذلك يمكن القول بأنه اذا كان للكفيل ان يرجع على المدين بأصل الدين وبالفوائد، فانه يرجع كذلك بمصروفات المطالبة الاولى والمصروفات اللاحقة لاخباره المدين بالاجراءات التي اتخذت ضده . هذا فضلا عما يكون قد دفعه من مصروفات قام بها الدائن في مطالبته للمدين . اما المصروفات التي ينفقها الكفيل او الدائن بعد مطالبة الدائن للكفيل وقبل اخطار هذا الأخير للمدين، فان الكفيل يتحمل بها .

(٢)ـ يرجع الكفيل على المدين كذلك بالفوائد القانونية عن كل ما قام بدفعه ابتداء من يوم الدفع (م ٣/٨٠٠) . وفى هذا الصدد يبدو خروج المشرع عن القواعد العامة . فالأصل طبقا للقواعد العامة ان الفوائد القانونية لاتستحق الا من تاريخ المطالبة القضائية (م ٢٢٦ مدنى) . ومع ذلك ففى هذه الحالة تسرى الفوائد من يوم دفعها ، وليس من يوم المطالبة القضائية بها .

(٣)ـ اذا كان للكفيل ان يرجع بما دفعه على النحو السابق من اصل الدين والفوائد والمصروفات، فان الأمر يثار بعد ذلك عن امكان رجوعه على المدين بالتعويض ، اذا لحقه ضرر بسبب وفائه للدائن ، كما اذا تعطلت اعماله مثلا بسبب بيع امواله . لم تتعرض المادة ٨٠٠ لذلك. وقد كان نص المشروع التمهيدى يقضى بأن للكفيل ـ علاوة على المبالغ التى يرجع بها على المدين ـ ان يرجع بالتعويض ، ولكن حذف هذا الحكم اكتفاء بالقواعد العامة. وبالرجوع الى المادة ٢٣١ فى القواعد العامة نجدها تقضى بأنه " يجوز للدائن ان يطالب بتعويض تكميلى يضاف الى الفوائد ، اذا أثبت ان الضرر الذى يجاوز الفوائد قد تسبب فيه المدين بسوء نية" . واستنادا الى هذا النص يكون للكفيل ان يرجع على المدين بتعويض تكميلى اذا أثبت ان الضرر يجاوز الفوائد ، وأنه يرجع الى سوء نية المدين . كأن يثبت مثلا ان المدين اخفى مالديه من اموال ولم يقم بالوفاء مع قدرته عليه ، مما أدى الى التنفيذ على اموال الكفيل وسبب له ضرر يجاوز قيمة الفوائد .

<u>ثانيا ـ دعوى الحلول</u>

٧٣ـ <u>تمهيد</u> :

الى جانب الدعوى الشخصية ، للكفيل دعوى اخرى يمكنه الرجوع بها على المدين هى دعوى الحلول . وقد نصت المادة ٧٩٩ على انه " اذا وفى الكفيل الدين ، كان له ان يحل محل الدائن فى جميع ماله من حقوق قبل المدين . ولكن اذا لم يوف الا بعض الدين ، فلايرجع بما وفاه الا بعد ان يستوفى الدائن كل حقه من المدين " .

هذا النص ماهو الا تطبيق لما جاءت به القواعد العامة في المادة ٣٢٦ باعتبار أن الكفيل ملزم بالوفاء عن المدين . والحلول كما هو واضح يتم بقوة القانون متى قام الكفيل بوفاء الدين بناء على التزامه الناشئ من عقد الكفالة . وكلامنا عن دعوى الحلول يقتضى ان نعرض لشروطها ثم لأثر حلول الكفيل محل الدائن .

٧٤ـ شروط الرجوع على المدين بدعوى الحلول :

تختلف الشروط الخاصة بدعوى الحلول عن الدعوى الشخصية او دعوى الكفالة .

فاذا كان يلزم ، لكى يستطيع الكفيل الرجوع بدعوى الحلول ، ان يكون قد قام بالوفاء ، فانه يتعين ان يكون الدائن قد استوفى حقه كاملا وان يرجع الكفيل على المدين عند حلول الاجل . ولا يهم بعد ذلك ما اذا كان الكفيل قد قام بالكفالة لمصلحة الدائن او لمصلحة المدين ، ولا يهم ما اذا كانت الكفالة قد عقدت بعلم المدين او بدون علمه او حتى رغم معارضته ، كما لايهم ما اذا كان الكفيل متضامنا او غير متضامن . ونعرض فى ايجاز لشرط وفاء الكفيل ، ثم لضرورة حلول اجل الدين الأصلى .

أ ـ الوفاء : لكى يثبت للكفيل الرجوع على المدين عن طريق حلوله محل الدائن يتعين ان يكون قد وفى الدين فعلا ، سواء كان هناك وفاء او ما يقوم مقام الوفاء كالمقاصة . ويفرق فى هذا الصدد بين ما اذا استوفى الدائن حقه كاملا ، وبين ما اذا لم يستوف الا جزءا من حقه فقط .

فاذا استوفى الدائن حقه كاملا سواء كان ذلك من الكفيل وحده ، ام من الكفيل ومن غيره ، كان للكفيل الرجوع على المدين .

اما اذا لم يستوف حقه كاملا ، فلا يستطيع الكفيل الرجوع على المدين بدعوى الحلول ، حتى لايزاحم الدائن فى رجوعه على المدين . اذ لاينبغى ان يترتب على الحلول الاضرار بالدائن . ولهذا يتعين على الكفيل ان ينتظر حتى يستوفى الدائن حقه كاملا (انظر المادة ١/٣٣٠ والمادة ٧٩٩ مدنى) . وان كان يراعى ان هذا الحكم لايتعلق بالنظام العام .

وفي الحالة التي يستوفي فيها الدائن جزءا من الكفيل ، يكون لهذا الأخير أن يرجع على المدين بدعوى الحلول بنسبة ما دفع ـ وذلك بعد ان يستوفي الدائن كامل حقه بطبيعة الحال سواء من المدين او من غيره . فاذا كان المدين هو الذى وفى الجزء الباقي للدائن ، رجع الكفيل وحده ، على المدين واستفاد بذلك من التأمينات التي تضمن الدين للدائن . وكذلك يكون للكفيل ان يرجع على المدين وحده ، اذا كان الوفاء بالجزء الباقي قد تم من غير المدين ولم يكن لهذا الغير حق الحلول القانوني او الاتفاقي محل الدائن . اما اذا كان لهذا الغير الذى وفى بالجزء الباقي الحلول محل الدائن فانه يزاحم الكفيل في رجوعه على المدين ويتساوى معه في قسمة اموال المدين قسمة غرماء . وفي هذا تنص المادة ٢/٣٣٠ مدني على أنه : " فاذا حل شخص آخر محل الدائن فيما بقى له من حق ، رجع من حل اخيرا هو ومن تقدمه في الحلول كل بقدر ما هو مستحق له ، وتقاسما قسمة الغرماء " .

هذا ويراعى أنه اذا كان الكفيل لا يستطيع الرجوع بدعوى الحلول الا بعد أن يستوفي الدائن حقه كاملا ، الا أن هذه القاعدة يمكن الاتفاق على خلافها (م ١/٣٣٠) ، اذ يصح الاتفاق على منح الكفيل الحق في الرجوع بدعوى الحلول ، حتى ولو لم يكن الدائن قد استوفى حقه كاملا ، لأن الأمر يتعلق بحماية مقررة لمصلحة الدائن ، وله ان يتنازل عنها .

ب ـ <u>حلول الاجل</u> : اذا كان الكفيل لا يستطيع الرجوع على المدين الا بعد ان يستوفي الدائن حقه كاملا على ما سبق ، فانه لا يستطيع الرجوع كذلك الا عند حلول اجل الدين . فاذا كان قد وفى للدائن قبل حلول الاجل ما استطاع الرجوع على المدين الا بعد حلوله .

٧٥ـ <u>الآثار التي تترتب على حلول الكفيل محل الدائن</u> :

اذا ما قام الكفيل بالوفاء على النحو السابق ، فانه يحل محل الدائن " في جميع ماله من حقوق قبل المدين " كما جاء في المادة ٧٩٩ . ولما كان هذا النص تطبيقا خاصا القواعد العامة في الحلول ، فانه يكون للكفيل الحلول في حقه ، بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع ، وما يكفله من تأمينات ، وما يرد عليه من دفوع . مع مراعاة ان يكون هذا الحلول بالقدر الذى أداه الكفيل من ماله (انظر م ٣٢٩) . ونوضح ذلك فيما يلي :

(١) ـ فالكفيل يحل محل الدائن في حقه بما له من خصائص وما يلحقه من توابع : وهذا يعني ان حق الدائن ينتقل الى الكفيل بما يلحق به من صفات ، فاذا كان الدين تجاريا كان للكفيل التمسك بهذه الصفة وما يترتب عليها من آثار سواء من حيث الاثبات ، أم من حيث

سعر الفائدة ، او غير ذلك من الآثار التى تترتب على اعتبار الدين تجاريا ، فاذا رجع الكفيل على المدين كان له ان يثبت حقه بكافة الطرق باعتبار أن الاثبات فى الدين التجارى مطلق من كل قيد ... وهكذا . واذا كان لحق الدائن مدة تقادم خاصة - كما اذا كان من الحقوق الدورية المتجددة كأجرة المبانى والأراضى الزراعية - سرى هذا على الكفيل أيضا ، على أن يدخل فى الاعتبار ماسرى فى مواجهة الدائن . واذا كان السند المثبت لحق الدائن واجب التنفيذ ، كان للكفيل ان يستعمل هذا السند قبل المدين ، ولو لم يكن له هو سند من هذا النوع .

ومن ناحية أخرى ينتقل حق الدائن الى الكفيل بما يلحقه من توابع كالفوائد . فاذا كان الدين منتجا لفوائد لصلحة الدائن ظلت هذه الفوائد سارية لصلحة الكفيل بالسعر نفسه . واذا لم يكن منتجا لفوائد ما حق للكفيل المطالبة بها . وله فقط المطالبة عن أصل الدين والفوائد القانونية طبقا للقواعد العامة .

(٢) - ينتقل الحق الى الكفيل مع مايكفله من تأمينات كانت موجودة وقت الوفاء . ينتقل التأمينات الى الكفيل بحالتها عند الوفاء ، فالرهن مثلا ينتقل بمرتبته ، ولا يهم ماذا كانت تلك التأمينات موجودة وقت انعقاد الكفالة ام وجدت بعد ذلك ، كما لايهم مصدرها : فقد يكون الاتفاق او القضاء او القانون ، كما لايهم نوعها : فقد تكون شخصية وقد تكون عينية .

وبالنسبة للتأمينات الشخصية قد تكون كفالة اخرى ، كما قد يكون تضامنا بين المدينين فى حالة تعددهم ، وقد يكون الدين غير قابل للانقسام . ويستفيد الكفيل من هذه التأمينات بحلوله محل الدائن . وسنرى فيما بعد مايرجع به الكفيل على المدينين عند تعددهم وعلى الكفلاء الآخرين .

وللكفيل ايضا أن يحل محل الدائن بالنسبة للتأمينات العينية ويستفيد منها ، سواء كانت هذه التأمينات مقدمة من المدين نفسه أم من الغير . فاذا كان التأمين العينى

عقدا من الدين ، وظل تحت يده ، لاصعوبة في الأمر اذ يحل الكفيل محل الدائن وبنفس مرتبته . فاذا كان الدين قد تصرف في المال المحمل بالتأمين ، بأن نقل ملكيته الى الغير مثلا ، كان للكفيل حق التتبع . أما اذا كان التأمين العيني عقدا من الغير (الكفيل العيني) كان للكفيل ان يستفيد منه ايضا ، وسنرى ذلك عند كلامنا عن علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء .

وأيا كان الأمر فانه يتعين ـ لكي يستفيد الكفيل من حلوله محل الدائن ـ أن تتخذ الاجراءات اللازمة لجعلها تسري في مواجهة الغير . ويلتزم الدائن بأن يسلم الكفيل وقت وفاء الدين ـ المستندات اللازمة لاستعمال حقه في الرجوع . واذا كان الدين ضمونا بمنقول مرهون او محبوس ، كان على الدائن ان يتخلى عنه للكفيل ، كما يلتزم ان يتخذ الاجراءات اللازمة لنقل التأمين العقاري (انظر المادة ٧٨٢) .

(٣) ـ الدفوع : اذا كان للكفيل ان يرجع بما للدائن من حقوق على النحو السابق ، فان المدين يستطيع الاحتجاج قبل الكفيل بالدفوع التي كانت له قبل الدائن . فكل ماكان المدين يستطيع الدفع به في مواجهة الدائن ، يستطيع الدفع به كذلك في مواجهة الكفيل ، كالدفع ببطلان الالتزام الاصلي او بانقضائه او بغير ذلك من الدفوع الاخرى .

هذه هي الآثار التي تترتب على حلول الكفيل محل الدائن . الا أنه ينبغي ان يراعى ان رجوع الكفيل على المدين على اساس هذا الحلول لايكون الا اذا ظل للدائن نفسه هذا الحق عند قيام الكفيل بالوفاء له . فاذا كان حق الدائن في الرجوع على المدين قد انقضى او اذا كان هذا الحق قد تقرر بطلانه قبل ذلك ، فلا محل لحلول الكفيل فيه . واذا كان الكفيل قد وفى للدائن في هذه الحالة، فانه يسترد مادفع دون حق ، كما يكون له ان يرجع على المدين بالدعوى الشخصية متى كان قد أخطر المدين بعزمه على الوفاء فلم يخبره المدين بانقضاء الدين او ببطلانه .

٧٦ـ مقارنة بين الدعوى الشخصية ودعوى الحلول :

من استعراضنا السابق لكل من الدعوى الشخصية ودعوى الحلول يتضح لنا الفارق بينهما ، ونبين ـ في ايجاز ـ مايفرق بين الدعويين ، سواء كان ذلك بالنسبة لشروطهما ، أم بالنسبة لما يرجع به الكفيل على اساس كل منهما .

١ ـ اذا كان يلزم لمباشرة كل من الدعويين قيام الكفيل بالوفاء ، الا انه يلزم للرجوع بدعوى الحلول ان يكون الدائن قد استوفى حقه بتمامه ، ولا يلزم ذلك في حالة الدعوى الشخصية اذ يكون للكفيل الرجوع على المدين حتى ولووفى جزءا من الدين فقط ، ويتساوى الكفيل والدائن في رجوعهما على المدين ، مالم يكن للدائن سبب خاص لامتيازه .

٢ ـ بالنسبة للكفلاء الذين يحق لهم الرجوع بأى من الدعويين ، تثبت دعوى الحلول لكل الكفلاء الذين يقومون بالوفاء ، سواء كانت الكفالة بعلم المدين ام بدون علمه ، ام رغم معارضته ، وسواء كانت لصالح الدائن ام لصالح المدين . اما الدعوى الشخصية فانها لاتثبت للكفيل اذا كانت الكفالة قد تمت رغم معارضة المدين ، او كانت لصالح الدائن فقط .

٣ ـ بالنسبة لما يرجع به الكفيل : في حالة الحلول يرجع الكفيل بما للدائن من حق قبل المدين بصفاته وتوابعه ـ كما قدمنا ـ مع مراعاة انه لايستطيع الرجوع بالفوائد الا اذا كان الدين منتجا لها ، وان كان له المطالبة بالفوائد القانونية من حين المطالبة القضائية . اما بالنسبة للدعوى الشخصية فان الكفيل يرجع بما اداه لاخلاء ذمة المدين ، كما يرجع بالمصروفات وبالفوائد القانونية من وقت الوفاء بصرف النظر عما اذا كان الدين منتجا لفوائد ام لا . ولا تنقضي الدعوى الشخصية الا بمضى ١٥ سنة من وقت الوفاء .

٤ ـ بالنسبة للتأمينات ، فى حالة دعوى الحلول يحل فيها الكفيل محـل الدائن • اما فى حالة الدعوى الشخصية فلا يستفيد الكفيل من التأمينات التى كانت للدائن • لأن الكفيل يرجع بدعوى خاصة به مستقلة عن حق الدائن •

المبحث الثانى

رجوع الكفيل فى حالـة تعدد المدينـين

٧٧ـ تمهيـد :

اذا ماتعدد المدينون • فاما أن يكون الكفيل قد تدخل لكفالتهم جميعا واما أن يكون قد كفل بعضهم دون البعض الآخر • وفى كلتا الحالتين قد يكون المدينون متضامنين او غير متضامنين • ونعرض فيما يلى لكلتا الحالتين :

٧٨ـ أولا ـ كفالة جميع المدينين : اذا تدخل الكفيل لكفالة جميع المدينين وكانوا غير متضامنين فيما بينهم ـ ولم يوجد مايمنع من انقسام الدين عليهم (انظر المادة ٣٠٠ وما بعدها) ـ كان للكفيل ان يرجع على كل مدين بقدر نصيبه فى الدين • وهو يستطيع الرجوع اما بالدعوى الشخصية (دعوى الكفالة) واما بدعوى الحلول • هذا فضلا عما يكون له من الرجوع بالدعوى الشخصية اى بدعوى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة (م ٣٢٤) • ذلك ان الكفيل فى هذه الحالة يعتبر كأنه قد كفل عدة مدينين بديون متفرقة •

اما اذا كفل جميع المدينين وكانوا متضامنين فيما بينهم • او كان الدين غير قابل للانقسام • كان للكفيل أن يرجع على اى منهم بكل الدين الذى وفاه • وهو يستطيع الرجوع بدعوى الكفالة او بدعوى الحلول • فضلا عن الرجوع بدعوى الاثراء كذلك طبقا للقواعد العامة • وفى هذا تنص المادة ٨٠١ على انه " اذا تعدد المدينون فى دين واحد وكانوا متضامنين • فللكفيل الذى ضمنهم جميعا ان يرجع على اى منهم بجميع ماوفاه من الدين " •

٧٩ــ ثانيا ــ كفالة بعض المدينين: اذا كانت الكفالة لبعض المدينين فقط دون البعض الآخر، فانه يفرق أولا بين رجوعه على من كفلهم وبين رجوعه على من لم يكفلهم. وقد يكون المدينون متضامنين او غير متضامنين.

أ ــ فبالنسبة لمن كفلهم : اذا كانوا غير متضامنين، يرجع على كل منهم بنصيبه فى الدين الذى وفاه. اما اذا كانوا متضامنين، فانه يرجع على اى منهم بكل الدين. وفى كلتا الحالتين يكون له ذلك قبل من كفلهم كما هو الشأن تماما بالنسبة لحالة كفالة جميع المدينين متضامنين او غير متضامنين على مابينا من قبل.

ب ــ أما بالنسبة لمن لم يكفلهم، فانهم اذا كانوا غير متضامنين، لايكون له فى الاصل الرجوع عليهم، لكن اذا كان الكفيل قد وفى بنصيبهم او نصيب البعض منهم كان له الرجوع ــ لا على اساس دعوى الكفالة لانه لم يكفلهم، ولا على اساس الحلول لأنه لم يكن ملزما بالدين معهم او ملزما بوفائه عنهم وانما يكون له الرجوع على أساس الدعوى الشخصية، اى الاثراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة.

أما اذا كان الذين لم يكفلهم متضامنين، فان من المسلم به انه لا رجوع له عليهم بدعوى الكفالة لأنه لم يكفلهم، لكن له ان يرجع على كل منهم بقدر حصته فى الدين طبقا للدعوى الشخصية، اى بدعوى الاثراء على اساس القواعد العامة. والاثراء يكون فى حدود حصة كل منهم ونصيبه فى حصة المعسر. كما أنه يكون للكفيل الرجوع عليهم باسم المدين الذى كفله ــ الدعوى غير المباشرة ــ ليحصل على نصيبه فى الدين طبقا للقواعد التى تحكم رجوع المدينين المتضامنين فيما بينهم. لكن هل للكفيل ان يرجع بدعوى الحلول محل الدائن قبل الذين لم يكفلهم؟ انقسم الرأى فى هذا الموضوع، سواء حول فكرة الحلول نفسها، ام حول مدى مايمكن ان يرجع به الكفيل على اساس الحلول.

اما عن فكرة الحلول فاذا كان الرأى قد انقسم ، الا أنه يبدو أن الرأى السائد الآن بين الفقهاء هو أن للكفيل الرجوع بدعوى الحلول على كل مدين ممن لم يضمنهم . ذلك أنه اذا كان اساس حلول الكفيل محل الدائن هو أنه ملتزم بالوفاء عن المدين ، فان الكفيل يعد فى هذه الحالة ملتزما عن المدين غير المكفول ولكن بصورة غير مباشرة ، اذ أن الكفيل يلتزم عن المدين المكفول ، ولما كان هذا الاخير متضامنا مع غيره من المدينين غير المكفولين فانه يعد ملتزما بالوفاء عنهم . فيكون الكفيل ملتزما عن المدينين غير المكفولين بطريق غير مباشرة مما يجعل له الرجوع عليهم بدعوى الحلول .

وأما عن مدى مايرجع به الكفيل بدعوى الحلول ، فان الرأى قد انقسم كذلك حول ما اذا كان يرجع على المدين غير المكفول بالدين كله ام يرجع عليه بحصته فقط ونصيبه فى حصة المعسر . ولكن يبدو أن الرأى الذى تفضله غالبية الفقهاء هو أن للكفيل ان يرجع على اى من المدينين المتضامنين غير المكفولين بالدين كله . وهذا ماتوجبه القواعد العامة . ذلك أن الكفيل يحل محل الدائن فى كل حقوقه . ولما كان للدائن ان يطالب كل مدين متضامن بكل الدين كان للكفيل هذا الحق ايضا اذا ماوفى كل الدين . هذا فضلا عن انه اذا كان من الممكن لأى شخص وفى الدين ان يحل محل الدائن حلولا اتفاقيا ، ويكون له بذلك ان يرجع على اى مدين ، فانه لايعقل ان يكون الكفيل اضعف مركزا من هذا الشخص . ولهذا اذا ماوفى الكفيل حل محل الدائن ، وكان له بالتالى الرجوع على اى مدين متضامن ولو لم يكن قد كفله .

الفصل الثالث

علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

٨٠ـ تمهيد : اذا ماتعدد الكفلاء ، فاما أن يلتزم كل منهم بجزء من الدين ، واما أن يلتزم بالدين كله . واذا ماقام أحدهم بالوفاء يثور البحث عن الآثار التى تترتب على هذا الوفاء من حيث مدى مايرجع به الموفى على غيره من الكفلاء الآخرين ،

وذلك بطبيعة الحال اذا ماكان وفاؤه مفيدا للآخرين ، اى يترتب عليه براءة ذمتهم قبـل الدائن متى كانوا قد ظلوا ملتزمين الى حين الوفاء . ونعرض فيما يلى لحالة الـــتزام الكفيل بجزء من الدين فقط ، وحالة ماذا التزم بكل الدين .

٨١ـ أولا ـ حالة التزام الكفيل بجزء من الدين :

اذا تعدد الكفلاء وكان كل منهم ملزما بجزء من الدين ، فانه يكون لكل منهـــم حق التقسيم ، ولا يلتزم الا بنصيبه فقط من الدين ، متى توافرت شروط التقسيم على نحـو ماببنا . وعلى ذلك اذا قام الكفيل بالوفاء انتهى الأمر ، فلا يكون ملزما بالوفاء بما علـى الكفلاء الآخرين : لكن ماذا يكون الحكم لو وفى بنصيبه ، وبأنصبة الباقين ، اى بالديـن كله ؟ فى هذه الحالة يكون له الرجوع على كل منهم بدعوى شخصية اساسها الاثـــراء بلا سبب طبقا للقواعد العامة ، فيرجع على كل منهم بقدر ماأثرى به ، وهو نصيبكـــل منهم فى الدين . واذا ماأعسر أحد هم تحمل الموفى حصة هذا المعسر ، ولا يكون لـه الرجوع على غيره من الكفلاء .

٨٢ـ ثانيا ـ حالة التزام الكفيل بالدين كله :

قد يكون الكفيل ملتزما بالدين كله ، سواء كان ذلك لتضامنه مع غيره من الكفلاء ، او لأنهم قد التزموا بعقود متوالية ، ولم يحتفظ الكفيل لنفسه بحق التقسيم ، فما هـــو الحكم اذا قام هذا الكفيل بالوفاء بالدين ؟

(١) ـ اذا كان سبب التزام الكفيل بالدين كله هو التضامن مع غيره ـــــــ الكفلاء ، وقام بالوفاء عند حلول الاجل ، كان له الرجوع على الكفلاء الآخرين . وهـــو يرجع اما على أساس دعوى الاثراء او على اساس دعوى الحلول محل الدائن .

اما بالنسبة لدعوى الاثراء ، فان اساسها هو ان وفاء الكفيل بالدين كله ترتبت عليه براءة ذمة الكفلاء الباقين فى مواجهة الدائن ، ويترتب على ذلك ان كلا منهم يثـرى بالقدر الذى برئت ذمته بسبب هذا الوفاء ، ولما كانت ذمته تبرأ فى علاقته ـــــــ مع

المتضامنين الآخرين بقدر نصيبه وحصته فى نصيب المعسر من الكفلاء المتضامنين ، فان هذا هو ما يتحقق به الاثراء . وهو ما يستطيع الكفيل الموفى الرجوع به . فالكفيل الموفى يرجع على كل من الكفلاء الآخرين بقدر نصيبه وحصته فى نصيب المعسر . انما يلزم بطبيعة الحال أن تكون براءة ذمة كل من الكفلاء الآخرين بسبب هذا الوفاء . فاذا كان التزامه قد انقضى من قبل لأى سبب كالتقادم او الابراء من الكفالة .... لا يكون للكفيل الذى وفى الدين كله الرجوع على من انقضى الالتزام بالنسبة له من الكفلاء .

أما بالنسبة لدعوى الحلول فان مقتضاها أن يحل الكفيل الموفى محل الدائن ويكون له ان يرجع على اى من الكفلاء الآخرين بالدين كله . ولكن لما كان هذا يؤدى الى الوقوع فى حلقة مفرغة لأنه اذا رجع الكفيل بالدين كله على أحد الكفلاء ، كان لهذا الاخير الرجوع بالدين كله على غيره وهكذا ، ولما كان الكفلاء المتضامنون متساوين فى المسئولية ، فان الكفيل الموفى لايكون له الرجوع بدعوى الحلول الا بحصة كل كفيل فقط ونصيبه فى حصة المعسر . وقد نص المشرع فى باب التضامن على انه " اذا وفى أحد المدينين المتضامنين كل الدين ، فلا يجوز له ان يرجع على اى من الباقين ـ الا بقدر حصته فى الدين ولو كان بما له من حق الحلول قد رجع بدعوى الدائن " (م ٢٩٧ / ١م)

وتقرر المادة ٧٩٦ فى باب الكفالة انه " اذا كان الكفلاء متضامنين فيما بينهم ، ووفى احدهم الدين عند حلوله ، كان له ان يرجع على كل من الباقين بحصته فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر منهم " .

(٢) ـ أما اذا كان سبب التزام الكفيل بالدين كله هو أن الكفلاء قد التزموا بعقود متوالية ، فانه اذا قام احدهم بالوفاء بالدين كله ، كان له الرجوع على غيره من الكفلاء ، على أساس الاثراء او على اساس الحلول محل الدائن ؛ وهو يرجع على كل منهم بقدر نصيبه فى الدين ونصيبه فى حصة المعسر ، كما هو الشأن فى حالة التضامن .

الباب الرابع

انقضـــاء الكفالـــة

٨٢ ـ تمهيد : رأينا فيما سبق أن الكفالة عقد تابع يقوم لضمان الوفاء بالتزام أصلى . وإذا كنا قد رأينا ما يترتب على علاقة التبعية من آثار ، سواء بالنسبة لانعقاد الكفالة أم للآثار المترتبة عليها ، فان هذا الاثر يبدو كذلك بالنسبة لانقضاء الكفالة ، اذ يترتب على انقضاء الالتزام الاصلى انقضاء الكفالة بالتبعية . لكن لما كانت الكفالة عقدا ينظر اليه فى ذاته بصفة مستقلة عن الالتزام الاصلى ، فانه ينظر الى انقضائه بصفة مستقلة . ولهذا نعرض بالنسبة لانقضاء الكفالة لناحيتين : انقضاء الكفالة بصفة تبعية وانقضاؤها بصفة أصلية .

الفصل الاول : انقضاء الكفالة بصفة تبعية

٨٣ ـ انقضاء الالتزام الاصلى بأسباب الانقضاء العامة :

متى انقضى الالتزام الاصلى ، انقضت الكفالة بالتبعية ، لأنها تستند الى الالتزام الاصلى ، وبانقضائه لايكون لها محل . وقد نصت المادة ١/٧٨٢ على انه " يبرأ الكفيل بمجرد براءة المدين ... " والالتزام الاصلى ينقضى بأسباب الانقضاء العامة الواردة فى القانون وهى الوفاء ، كما ينقضى بما يعادل الوفاء عن طريق الوفاء بمقابل ، والتجديد ، والمقاصة ، واتحاد الذمة ، وينقضى الالتزام كذلك دون الوفاء به عن طريق الابراء ، واستحالة التنفيذ ، والتقادم المسقط . ونعرض فيما يلى لهذه الاسباب ، وبصفة خاصة بالنسبة لأثر كل منها فيما يتصل بالكفالة .

٨٤ ـ أولا ـ الوفاء :

اذا قام المدين بالوفاء كلا او بعضا انقضى التزام الكفيل كذلك كله او بعضه ، بحسب الاحوال . ولكى يبرأ الكفيل على هذا النحو يتعين ان يكون الوفاء صحيحا ، بأن يكون الموفى مالكا للشئ الذى وفى به ، وأن يكون ذا أهلية للتصرف (انظر

كذلك المادة ٢/٣٢٥) . فاذا كان الوفاء باطلا ، لايترتب عليه انقضاء الالتزام الاصلى ، وبالتالى لاتنقضى الكفالة .

ويقوم العرض الحقيقى بالنسبة الى المدين مقام الوفاء اذا تلاه ايداع أو أى اجراء مماثل متى قبله الدائن او حكم نهائيا بصحة العرض (م ٣٣٩) . فاذا استوفى العرض الاوضاع السابقة ترتب عليه براءة ذمة المدين ، ويبرأ الكفيل بالتبعية ، بشرط ألا يحصل رجوع قبل قبول الدائن او قبل الحكم النهائى بصحة العرض . فاذا رجع المدين فى العرض بعد أن قبله الدائن او بعد ان حكم بصحته ، وقبل الدائن هذا الرجوع ، لايكون لهذا الدائن ان يتمسك بعد ذلك بما يكفل حقه من تأمينات (انظر المادة ٣٤٠) .

٨٥ـ ثانيا ـ انقضاء الالتزام الأصلى بما يعادل الوفاء :

١ ـ الوفاء بمقابل : قد يقبل الدائن شيئا غير المتعهد به ، فينقضى الالتزام الاصلى ، وتنقضى الكفالة بالتبعية (انظر م ٣٥٠) . والواقع انه يترتب على قبول الدائن شيئا فى مقابل الدين تجديد الالتزام بتغيير محله ، مما يترتب عليه انقضاء الالتزام القديم بتأميناته ومنها الكفالة ، ويحل محله دين جديد هو ماتم الوفاء به .

لكن ماالحكم اذا مااستحق الشئ الموفى به ؟ تقضى القواعد العامة (م ٣٥١) بأنه اذا كان الوفاء ينقل ملكية الشئ المعطى فى مقابلة الدين ، تسرى عليه أحكام البيع بالأخص مايتعلق منها بأهلية المتعاقدين ، ضمان الاستحقاق وضمان العيوب الخفية . ولهذا اذا مااستحق الشئ الموفى به كان للدائن ان يرجع على الموفى طبقا لأحكام الاستحقاق فى البيع . ولا يرجع على الكفيل الذى تبرأ ذمته بانقضاء الدين الاصلى . وقد طبق المشرع هذا الحكم عند كلامه عن عقد الكفالة اذ نصت المادة ٧٨٣ على انه " اذا قبل الدائن أن يستوفى فى مقابل الدين شيئا آخر ، برئت ذمة الكفيل ولو استحق هذا الشئ " . ويتضح من هذا ان الكفيل يبرأ حتى

قبل الدائن الوفاء بشيء آخر ، حتى ولو استحق هذا الشيء ، ولا يكون للدائن الا الرجوع طبقا لأحكام الاستحقاق في البيع ، كما قدمنا .

لكن اذا لجأ الدائن الى طلب الحكم بفسخ الوفاء بمقابل ذاته ، وقضى له به ، عاد التزام الكفيل من جديد ، لأن النص السابق يتكلم عن براءة ذمة الكفيل لو استحق الشيء ، وهذا لايمنع من عودة التزامه اذا ماطلب الدائن الحكم بالفسخ .

٢ ـ التجديد ، والانابة : يترتب على التجديد انقضاء الالتزام الاصلي بتوابعه ، ونشوء التزام جديد مكانه . ولا تنتقل التأمينات الى الالتزام الجديد ، مالم ينص القانون او يتبين من اتفاق المتعاقدين او من الظروف انصراف النية الى ذلك (انظر م ٣٥٦) .

ومع ذلك فان الكفالة ـ عينية كانت أو شخصية ـ لاتنتقل الى الالتزام الجديد الا اذا رضي الكفيل بذلك . فلا يكفى اذن لانتقال الكفالة ان يتفق الدائن والمدين على انتقالها الى الالتزام الجديد ، بل لابد من رضاء الكفيل بضمان هذا الالتزام الجديد .

اما بالنسبة للانابة ، فالأصل أنها لاتتضمن تجديدا للالتزام المناب به ، الا اذا اتفق المتعاقدون على ان يستبدلوا بالتزام سابق التزاما جديدا ، وفي هذه الحالة تبرأ ذمة المنيب (المدين) قبل المناب لديه (الدائن) ويحل المناب محل المدين ، ويترتب على براءة ذمة المدين الاصلي ، براءة ذمة الكفيل ، مالم يرض هذا الاخير ان يكفل المدين الجديد (المناب) .

فاذا لم يتفق على هذا الاستبدال قام التزام المناب الى جانب التزام المنيب ، وصار للدائن مدينان . ولما كان التزام المنيب وهو المدين الاصلي قائما ، فان الكفيل لايبرأ .

٣ ـ المقاصة : اذا ما انقضى الالتزام الاصلي بالمقاصة ، ترتب على ذلك انقضاء الكفالة بالتبعية . وللكفيل ، باعتباره صاحب مصلحة ، أن يتمسك بالمقاصة ، سواء كان متضامنا أم غير متضامن ، وله ان يتمسك بها حتى ولو لم يتمسك بها المدين ، بل وحتى لو تنازل عنها ، اذ القانون يخوّل للكفيل التمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين ، ومنها المقاصة .

٤ ـ اتحاد الذمة : اذا انقضى الدين باتحاد الذمة ، ترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية . فاتحاد الذمة يبرئ الكفلاء في الدين . ولكن لما كان اتحاد الذمة ليس في حقيقته سببا من اسباب انقضاء الالتزام وانما هو مانع طبيعي يحول دون المطالبة بالدين ، ترتب على ذلك انه اذا زال اتحاد الذمة لأي سبب من الاسباب ، عاد الدين مضمونا بتأميناته ومنها الكفالة .

٨٦ ـ ثالثا ـ انقضاء الالتزام الأصلي دون وفاء :

١ ـ الابراء : اذا انقضى الالتزام الاصلي بالابراء ، ترتب على ذلك انقضاء التزام الكفيل بالتبعية . ولما كان الابراء يستلزم نية التبرع ، فان الابراء الحاصل نتيجة الصلح مع المفلس لايعد ابراء حقيقيا ، اذ يرمي الدائن من وراء هذا الصلح الى ترك بعض دينه خشية ان يؤدي استمرار اجراءات الافلاس الى زيادة مركز المدين سوءا ، وبذلك يضعف احتمال حصول هذا الدائن على حقه . ويظل الكفيل في هذه الحالة ملتزما بكل الدين المكفول حتى بالنسبة للجزء الذي تصالح الدائن على تركه للمفلس .

٢ ـ استحالة التنفيذ : ينقضي الالتزام الاصلي اذا أثبت المدين أن الوفاء به اصبح مستحيلا عليه لسبب اجنبي لايد له فيه . وتبعا لذلك ينقضي التزام الكفيل . ولكن اذا ثبت ان استحالة التنفيذ كانت راجعة الى سبب يسأل عنه المدين ، فلا ينقضي الالتزام ، وانما يتحول الى التزام بالتعويض ، وتظل الكفالة قائمة لضمان الوفاء به .

٣ ـ التقادم المسقط : اذا انقضى الالتزام الاصلى بالتقادم ، انقضى التزام الكفيل بالتبعية . وهذا الالتزام الاخير ينقضى فى هذه الحالة ، حتى ولو لم تكن المدة اللازمة لانقضائه بصفة مستقلة قد انقضت . وللكفيل ان يتمسك بالتقادم ولو لم يتمسك به المدين ، بل ولو تنازل عنه .

٨٧ ـ خلاصة : عرضنا فيما سبق لأسباب انقضاء الالتزام ، فاذا انقضى الالتزام الاصلى لأى سبب منها انقضى التزام الكفيل بالتبعية ، اللهم الا فى حالة انقضاء الالتزام بسبب الصلح مع المفلس اذ يظل التزام الكفيل قائما حتى بالنسبة لما تصالح الدائن على تركه للمفلس . ولكن لكى ينقضى التزام الكفيل بالتبعية يلزم ان يكون انقضاء الدين الاصلى نهائيا ، فاذا ألغى هذا الانقضاء وعاد الالتزام الاصلى ، فان الكفالة تعود معه ، عدا حالة الوفاء عن طريق العرض الحقيقى مع الايداع متى رجع المدين بموافقة الدائن بعد قبوله العرض او صدور حكم نهائى بصحته ، حيث يبرأ الكفيل نهائيا ، وما عدا حالة الوفاء بمقابل متى استحق المقابل ، اذ يبرأ الكفيل كذلك ولو عاد الدين الاصلى .

الفصل الثانى : انقضاء الكفالة بصفة اصلية

٨٨ ـ تمهيد : اذا كان التزام الكفيل التزاما تابعا ، وينقضى تبعا لذلك بانقضاء الالتزام الاصلى ، الا أن له مع ذلك كيانا مستقلا . ولهذا فانه ينقضى كذلك بصفة مستقلة . وفى هذا الصدد ينقضى التزام الكفيل بالاسباب العامة التى تنقضى بها الالتزامات عموما ، كما ينقضى بأسباب خاصة نص عليها القانون .

٨٩ ـ انقضاء التزام الكفيل بالأسباب العامة للانقضاء : أما بالنسبة للأسباب العامة فان التزام الكفيل ينقضى بوفاء الكفيل ، سواء بالشئ نفسه او بمقابل ، كما ينقضى التزام الكفيل كذلك بالتجديد بأن يتفق على ان يستبدل بالكفالة التزام

اصلى فيصبح الكفيل مدينا أصليا بدلا من كونه كفيلا او على تقديم رهن بدلا من الكفالة ... وينقضى كذلك بالقاصة متى صار الكفيل دائنا للدائن ، وبـ اتحاد الذمــة ، وبمضى المدة ، على أن يراعى بالنسبة لهذا السبب الأخير أن التقادم المسقط هنــا ينظر فيه الى التزام الكفيل بصفة مستقلة عن الالتزام الاصلى ، وان وقف التقادم او انقطاعه بالنسبة للمدين لا يؤثر فى التقادم الخاص بالتزام الكفيل حتى ولو كان متضامنا مـع المدين ، مما قد يؤدى الى انقضاء التزام الكفيل مع بقاء الالتزام الاصلى . أما الفــرض العكسى ، فانه لا يتصور ، لأنه اذا كان قطع التقادم او وقفه بالنسبة للكفيل لا يسرى علـى المدين ، مما قد يقال معه ان التزام الأخير ينقضى قبل التزام الكفيل ، اذ فى مثل هــذه الحالة ينقضى التزام الكفيل ايضا ، لا بصفة مستقلة ، بل بصفة تبعية .

٩٠ ـ انقضاء التزام الكفيل بأسباب خاصة :

اما عن الاسباب الخاصة لانقضاء التزام الكفيل فانها ترجع الى طبيعة هــذا الالتزام : ذلك ان الكفيل اذا كان يلتزم بالوفاء عن المدين ، فانه يكون له الحــق اذا اوفى ، ان يرجع على المدين . ولهذا يجب الا يصدر من الدائن عمل يهدد احتمال رجوع الكفيل على المدين . فاذا صدر من الدائن مثل هذا العمل كان خطئا وترتب علـى ذلك براءة ذمة الكفيل بقدر ما ناله من ضرر من جراء موقف الدائن . ويكون ذلك فى حالــة ما اذا أضاع الدائن بخطئه التأمينات ، وحالة عدم اتخاذ الاجراءات ضد المدين بعــد انذار الكفيل له بوجوب اتخاذها ، وحالة عدم التقدم فى تفليسة المدين . وقد سبق لنــا ان عرضنا لهذه الأسباب الخاصة مفصّلــة فى حينها .

***

القسم الثاني

التأمينات العينية

٩١ ـ تمهيد : التأمينات العينية هي الحقوق العينية التبعية . وقد سبق أن رأينا أنها تتقرر ضمانا لحق شخصي على عين معينة ، وأنها تخول من تتقرر لصالحه ان يتتبع تلك العين في أية يد كانت ، وأن يستوفي حقه بالأفضلية من ثمنها أو من المال الذي يحل محلها ، متقدما في ذلك على الدائنين العاديين للمدين نفسه ، أو على الدائنين الآخرين التالين له في المرتبة .

واذا كانت نظرية التأمينات العينية قد مرت بتطور عبر التاريخ (١) ، فان المشرع عندنا قد تكلم عن الأحكام الخاصة بها في الكتاب الرابع من القسم الثاني في المادة ١٠٣٠ وما بعدها من المجموعة المدنية ، فتكلم أولا عن الرهن الرسمي ، ثم حق الاختصاص ، والرهن الحيازي ، ثم حقوق الامتياز (٢) . وقد وردت هذه الحقوق العينية التبعية في القانون على سبيل الحصر ، وسنعرض لها على نحو ما جاءت به في القانون المدني .

---

(١) انظر في هذا التطور : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي : التأمينات الشخصية والعينية ، ط ٢ رقم ١٧٥ ص ٢٧٩ .

(٢) انظر المذكرة الايضاحية ، في الاعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٣ . وقد جاء بها : "وتنتظم التأمينات العينية جميعا فكرة واحدة ، هي فكرة الرهن ضمانا لوفاء الدين ، فيكون الرهن بمقتضى اتفاق في الرهن الرسمي ورهن الحيازة ، وبمقتضى أمر من القاضي في حق الاختصاص ، وبمقتضى نص في القانون في حقوق الامتياز ، وقد قدم المشروع الرهن الرسمي على غيره من الرهون لأنه اوسعها انتشارا واكبرها خطرا ، ثم أعقب الرهن الرسمي بحق الاختصاص لأنه حق صوغ على غرار الرهن الرسمي والأحكام بينهما مشتركة ، وتلا ذلك رهن الحيازة ، وهو رهن واسع الانتشار في البيئات الزراعية ، فلم يبق الا حقوق الامتياز تختم بها التأمينات العينية" .

الباب الأول

الرهن الرسمي (١)

٩٢ ـ تقسيم البحث :

نتولى الكلام عن الرهن الرسمي طبقا للترتيب الذي عالجه به القانون المدني ، فقد تكلم أولا عن انشائه ، ثم عن آثاره ، ثم عن انقضائه ، وسنعرض لهذا في فصول ثلاثة ، وذلك بعد أن نتكلم في فصل تمهيدي عن التعريف به وخصائصه .

فصل تمهيدي

٩٣ ـ التعريف بالرهن الرسمي :

عرفت المادة ١٠٣٠ الرهن الرسمي بقولها " الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقا عينيا ، يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون " .

وأول مايتضح من تعريف المشرع للرهن الرسمي هو أنه " عقد " مع أن المقصود هو مصدر الرهن فالرهن حق عيني تبعي ينشأ بمقتضى العقد .

---

(١) وقد جرى العمل ، خاصة في ظل القانون المدني السابق ، وفي قوانين بعض الدول الاخرى على وصف الرهن الرسمي ، بالرهن العقاري او التأميني ، ولعل ما استقر عليه القانون المصري من وصفه بالرسمية يعد وصفا له بأبرز خصائصه المميزة ، ذلك ان تسميته بالرهن العقاري لاتختص به وحده ، اذ يمكن ان يكون هذه التسمية كذلك للرهن الحيازي لامكان وروده على عقار ، وبالنسبة لوصفه بالرهن التأميني ، نجد أنه لايستقل بهذا الوصف وحده ، اذ أن كل رهن يمكن ان يسمى بالرهن التأميني ، لأنه تأمين للوفاء بدين ، ولهذا كان اصطلاح الرهن الرسمي الذي اختاره القانون المدني المصري القائم افضل من التسميات الاخرى ، (انظر كذلك : الدكتور عبد الفتاح عبد الباقي ط ٢ ص ٢٨٣ هامش ١) .

كما يتضح كذلك أن العقار الذى يرد عليه الرهن يكون مخصصا للوفاء بدين الدائن ، وهذا غير دقيق ، اذ قد يشعر هذا بأن العقار قد لايتحمل بحق لدائن آخر او لدائنين أخرين مع ان من المسلم به ان العقار المرهون يمكن ان يرهن رهنا رسميا لأكثر من دائن ، وبالتالى يكون لكل منهم أن يستوفى حقه بحسب مرتبته على ماسنرى فيما بعد .

وأخيرا فانه يتبين من النص السابق أيضا أن الدائن يستوفى حقه من ثمن العقار ، ولكن الواقع أن الدائن لايستوفى حقه من الثمن فقط ، بل ان له ان يستوفيه كذلك من أية مبالغ نقدية تحل محل العقار كالتعويض او مبلغ التأمين . واذا كانت عبارة المادة ١٠٣٠ تنصرف الى الوضع العادى حيث يباع العقار ويستوفى الدائن حقه من الثمن ، فانها تقصر عن الحالات الاخرى . وهذا ماأورده المشرع بعد ذلك فى المادة ١٠٥٦ حيث نص على أن الدائنين المرتهنين يستوفون حقوقهم قبل الدائنين العاديين " من ثمن العقار المرهون ، او من المال الذى حل محل هذا العقار " (١) .

وعلى ضوء ماتقدم نستطيع ان نعرف الرهن الرسمى بأنه حق عينى تبعى يتقرر على عقار بمقتضى عقد رسمى بين الدائن والراهن لضمان الوفاء بحق للدائن مع بقاء الحيازة للراهن ، وبمقتضاه يكون للدائن ان يستوفى حقه بالافضلية من القيمة المالية لهذا العقار فى أية يد يكون (٢) . ومن هذا التعريف تتضح لنا أهم خصائص الرهن الرسمى .

---

(١) انظر كذلك : منصور مصطفى منصور : مذكرات فى التأمينات العينية ، ١٩٥٩ ــ ١٩٦٠ ، ص ١٦ ــ ١٧ .

(٢) انظر فى تعريف الرهن الرسمى كذلك : بلانيول ريبير : المطول جـزء ١٢ رقم ٣٢٥ . وقد ورد أن الرهن " تأمين عينى " .

٩٤ – خصائص الرهن الرسمي :

(١) الرهن الرسمي حق ينشأ من العقد بالاتفاق بين الدائن والراهن ، وهو في هذا يختلف عن القانون الفرنسي حيث يتقرر الرهن اما بالاتفاق واما بالقضاء، واما بنص القانون (١) . والعقد المنشئ للراهن يجب ان يكون رسميا . فالرسمية ركن في هذا العقد لايقوم بدونها على ما سنرى.

(٢) الرهن الرسمي حق عيني : وقد أورده القانون المدني ضمن الحقوق العينية التبعية ، كما نصت المادة ١٠٣٠ صراحة على انه حق عيني . حقا انه لايخول الدائن اية سلطة بالنسبة للشيء المرهون اذ تظل الحيازة للراهن ، كما انه ليس للدائن المرتهن ان يستعمل الشيء استعمالا ماديا ، مما جعل البعض ينكر على حق الرهن طبيعته العينية (٢) . الا أنه لايلزم لقيام الحق العيني ان يكون لصاحبه سلطة

---

(١) فالفارق بين نظام القانون المصري والقانون الفرنسي انه اذا كان الرهن ينشأ دائما من العقد في ظل النظام المصري فانه في القانون الفرنسي ينشأ اما من الاتفاق واما أن يتقرر بقوة القانون بالنسبة لبعض أحكام القضاء وهذا هو الرهن القضائي ، واما أن يتقرر مباشرة بنص تشريعي بالنسبة لبعض الديون وهذا هو الرهن القانوني .

ويراعى ان الرهن القضائي في فرنسا يتقرر بقوة القانون بالنسبة لبعض احكام القضاء، وهو يتقرر كذلك على جميع اموال المدين . وهو بهذا يختلف عن حق الاختصاص في القانون المصري، كما سنرى، اذ لايتقرر هذا الاخير بقوة القانون بل لابد من أمر رئيس المحكمة ، هذا فضلا عن أنه لايتقرر على جميع اموال المدين بل على مال معين من اموال المدين . على انه ينبغي ان يراعى ان الرهن الرسمي في ظل القانون المصري اذا كان ينشأ من العقد ، فانه لاينشأ من اى مصدر آخر كالتقادم مثلا (انظر في هذا : سليمان مرقس: التأمينات العينية ط ٢ سنة ١٩٥٩ ص ١٨ هامش ٢) . وقد رفضت محكمة النقض عندنا القول بأن الرهن الرسمي يكتسب بالتقادم وذلك في حكمها بتاريخ ٢٥ مايو ١٩٤٤ .

(٢) انظر : شفيق شحاتة : نظرية التأمين العيني ، ويقول هذا الرأى انه ليس لهذه الحقوق صفة الحقوق العينية لأنها لاتخول الاستعمال والاستغلال والتصرف . ومع ذلك فانه ينبغي ان يراعى انه لايلزم ان يخول الحق العيني هذه السلطات دائما . فالحق العيني الاصلي وحده قد يخولها او يخول بعضها . ولكن الحق العيني التبعي يشترك مع الاصلي في انه يخول سلطات تتعلق بعين معينة كالاصلي ، يتمكن بمقتضاها من استيفاء حقه من تلك العين ، ومن هنا كانت تسميته بالعيني (انظر كذلك : عبد الفتاح عبد الباقي ط ٢ ص ٢٧٤ بالهامش).

استعمال مادى مباشر بالنسبة للشيء الذى يرد عليه الحق (١)، بل يكفى ان يكون له حق التتبع والافضلية . هذا مايكون فى حالة الرهن ، وبذلك تتحقق الغاية منه باعتباره تأمينا عينيا . وبعبارة أخرى ان الرهن يعتبر حقا عينيا لأنه يخول لصاحبه سلطات معينة بالنسبة لما يرد عليه ، هذه السلطات تتمثل فى امكان تتبع العين واستيفاء الدين المضمون بالافضلية (٢). ومن المعلوم أن التتبع والتقدم من خصائص الحقوق العينية كما أن الرهن الرسمى اذا ماقام صحيحا وتم شهره صار حجة على الكافة . والواقع ان مركز الدائن المرتهن من حيث التقدم والتتبع يختلف عن الدائن العادى ويتفرع على كون الرهن حقا عينيا انه يعد ، كما يرى فريق من الفقه ، تفريعا على الملكية . فالرهن يرد قيدا خطيرا على سلطات المالك ، الذى ليس له ان يستعمل حقه الا بقيود على درجة كبيرة من الاهمية ، من ذلك انه ليس له ان يهدم العين أو أن يستعملها بقصد الاساءة الى المرتهن ، الذى يكون له الاعتراض بكافة السبل القانونية ، واذا لم ينجح فى ذلك كان له ان يطلب تعجيل الوفاء مالم يرتض تأمينا آخر .

وينبغى ان يراعى انه لايلزم لقيام الحق العينى ان تقوم بين صاحب الحق والشيء محل الحق رابطة مباشرة يكون له بمقتضاها سلطة مادية على الشيء ، فقد يقوم الحق العينى دون ان يتوافر هذا ، كما هو الشأن بالنسبة لمالك الرقبة ، اذ ليس له استعمال الشيء استعمالا ماديا وكما فى حالة الارتفاق وخاصة الارتفاق

---

(١) يلحظ ماحدا بأنصار الرأى السابق الى انكار عينية حق الرهن هو ان فكرتهم تقوم على أساس أن الحق العينى انما هو سلطة استعمال الشيء مباشرة استعمالا ماديا . (أنظر انسيكلوبيدى داللوز ص ٩٠١ رقم ١٦).

(٢) ومع ذلك فان هذا الحق العينى يلبس طابعا خاصا ، فهو كما يقولون غير تام ، نظرا لأنه ليس متفرعا عن الملكية ، بل انه حق من حقوق الضمان لايخول لصاحبه اى سلطان مباشر على الشيء يعد من حق المالك ، كالارتفاق او الانتفاع .

والحقيقة ان الرهن لا يرد على الشيء ذاته بقدر مايرد على حق الملكية ، فهو يتطلب ان يكون نوعا من التفرعات لانفريعا على حق الملكية . (انظر : انسيكلوبيدى داللوز جزء ٤ ص ٩٠٩ رقم ١٧) . ولكن هذه الفكرة قد عورضت (انظر المرجع السابق المكان نفسه رقم ١٨) اذ الرهن يحد بالضرورة من خصائص حق الملكية فالمالك لا يستطيع التصرف فى المرهون الا مع ادخال الرهن فى اعتباره ، كما أنه فى استغلال لهذا الشيء لابد من مراعاة عدم الاضرار بالضمان الذى يثقل المرهون ... (انظر السابق) وانظر كذلك رقم ١٩ . انظر كذلك : مازو جـ ٣ رقم ٢٣٢ .

العلبي (١). وهذا هو الشأن بالنسبة للرهن اذ لا يد وحق المرتهن في استعمال الشيء او استغلاله ، بل ان حقه يخوله ان يعترض على كل فعل يقوم به المالك من شأنه ان يزيل الآثار المترتبة على الرهن او ان يعرض بها فضلا عن امكان تتبع العين لاستيفاء حقه . فالميزة التي يخولها الرهن للدائن المرتهن لاتتمثل في استعمال العقار كله أو بعضه ،كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية المتفرعة على الملكية، بل ان هذه الميزة تتمثل في مجرد ضمان (٢). واذا كانت سلطات مالك العقار المرهون كاملة عليه ، فانه ليس له ان يتصرف في الشيء ، مع مراعاة ما ينقله من حق : هذا الحق له وجود مستقل ، كما أنه ليس له أن ينقص قيمة العقار بحيث يصير الضمان غير مجد . وعلى ذلك فان حق المالك في الاستغلال ترد عليه قيود . وفي عبارة موجزة ان حق الدائن المرتهن ينقص من الملكية ويجعلها غير تامة، وتبعا لذلك فان له حقا يعد متفرعا عن الملكية ، على هذا المعنى (٣).

هذا هو مفهوم الرهن كحق عيني في نظر هذا الرأي، ومع ذلك فان الرهن يقوم تبعا لحق شخصي ولضمان الوفاء به . واذا كان يحد من سلطات المالك ، فانه لايمكن ان يشبه بالحقوق المتفرعة عن الملكية ، فلا يخول نفس السلطات التي تخولها تلك الحقوق ، ولا يقوم استقلالا ، كما هو الشأن بالنسبة لها .

٣ ـ حق الرهن حق عيني تبعي : حق الرهن الرسمي حق عيني تبعي ، ومعنى ذلك انه يقوم تبعا لالتزام اصلي ، ضمانا للوفاء به . والاصل انه لايتصور قيام الرهن دون الحق المتصل به والذي يقوم الرهن لضمان الوفاء بتنفيذه (٤) . ويترتب على فكرة التبعية في

(١) ويراعي أيضا ان مالك الرقبة ليس له ان يستعمل الشيء الوارد عليه الانتفاع ، استعمالا ماديا ولا ينكر أحد عينية الحق في هذه الحالة(بيدان ج ١٢ رقم ١٩٩ ، ص ٢٩٩).

(٢) بيدان : ج ١٢ رقم ٣٠٠ .

(٣) بيدان : ج ١٢ رقم ٣٠٠ ص ٣١١ .

(٤) بيدان : ج ١٢ ص ٣٠٢ .

الرهن نتائج معينة :

(١) فلا بد أن يستند الى التزام يقوم لضمان الوفاء به : ولهذا فانه لشخص أن يرتب رهنا لنفسه على ماله ، ذلك ان الرهن يفترض حقا يقوم لضمان الوفاء به . كما انه لايمكن لشخص ان يكون دائنا لنفسه . ومع ذلك فانه يراعى ان القانون لايجعل هذا مستحيلا بصفة مطلقة ، اذ يخول حائز العقار المرهون الذى يقوم بالوفاء للدائنين حق الحلول محلهم فى الرهن ، وبذلك يكون له رهن على ماله هو ، وهو وضع استثنائى ، كما سنرى فيما بعد .

واذا كان يتعين ان يقوم الرهن لضمان الوفاء بالتزام معين ، فانه لايلزم ان يكون هذا الالتزام حالا ، فقد يكون التزاما مستقبلا ، او معلقا على شرط ، كما قد يكون التزاما احتماليا ، وسنرى ذلك تفصيلا فيما بعد (انظر المادة ١٠٤٠ مدنى) .

(٢) ارتباط الرهن بالالتزام المضمون : لكى يقوم الرهن يجب أن يكون الالتزام المضمون صحيحا . فاذا كان معيبا امتد العيب الى الرهن كذلك ، كما اذا كان الالتزام الأصلى باطلا فان الرهن يبطل كذلك(١) . ولهذا فان الدائن المرتهن اذا قام بقيد الرهن فى هذه الحالة فانه يتعين محو هذا القيد .

واذا قام الالتزام الأصلى صحيحا ثم انقضى ، انقضى الرهن تبعا له . وهذا هو الشأن بصفة خاصة فى حالة انقضاء الالتزام الاصلى بالوفاء والابراء والمقاصة .

وفى حالة التجديد ... الاصلى ... التجديد يؤدى ، فضلا عن انقضاء الالتزام الاصلى ، الى انقضاء الرهن ... ومع ذلك فقد يقضى القانون أو يتعين من الاتفاق بقاء الرهن لضمان الوفاء بالالتزام الجديد (انظر المادة ٣٥٦ مدنى)(٢) .

---

(١) ولهذا قضت محكمة النقض الفرنسية بأن الرهن ... لضمان الوفاء بالتزام دون سبب يكون بلا سبب كذلك (عرائض ٩ ديسمبر ١٩٣٠ ! ... ١٩٣١ ـ ١ ـ ١٠٧) .

(٢) وفى الفقه الفرنسى ... حالة التجديد بتغيير المدين بالنسبة لمعرفة ما اذا كان رضا المدين الأول ... لا بالنسبة للابقاء على التأمينات . وان هذا الرضا ... بالنسبة للتجديد ذاته (انظر بلانيول ، ريبير ج ١٢ رقم ١٢١٥) . وقد رجح القانون المصرى أن رضاء المدين القديم ليس متطلبا ، اذ للدائن والمدين الجديد ان يتفقا على استبقاء التأمينات العينية دون حاجة الى رضا المدين القديم (مادة ٣٥٧ ب) .

وفي حالة الوفاء مع الحلول ، فانه اذا كان الاصل ان ينقضي حق الدائن ، فان الرهن يبقى مع ذلك لمصلحة الموفي الذي يحل محل الدائن (انظر المادة ٣٢٩ مدني). والواقع في هذه الحالة ان عملية الوفاء مع الحلول اذا كان يترتب عليها انقضاء حق الدائن ، فانها في الوقت ذاته تنقل هذا الحق الى الموفي ، وتبعا لذلك تنتقل مع هذا الحق ضماناته في الوقت ذاته . فاذا كان يبدو أن الحق يختفي ويظل الرهن رغم الوفاء للدائن ، الا أن هذا أمر ظاهري فقط اذ الواقع ان الحق ينتقل بتوابعه الى الموفي وهو الحائز .

وفي حالة انتقال الحق ، يستتبع ذلك انتقال الرهن . وهذا ما يتم في حالة انتقال الحق عن طريق الحوالة ، اذ أن حوالة الحق تشمل ضماناته (مادة ٣٠٧ مدني). وهذا الحكم يمكن اعماله كذلك في الحالات الاخرى لانتقال الحق كما في حالة الموصى له ، والوارث ، اذ ينتقل الحق بتأميناته باعتبارها تابعة له (١) .

هذا وقد أدت فكرة تبعية الرهن ببعض الفقهاء الى القول بأنه لا يمكن أن يتم نقله او التنازل عنه مستقلا عن الدين المضمون به ، اذ الصلة بين الرهن والالتزام المضمون من القوة بحيث لا يمكن فصلهما بصورة تجعل الرهن محلا لتنازل مستقل عن الحق الاصلي نفسه او لجعله يضمن التزاما آخر . ولكن هذا الرأي قد هجره الفقه شيئا فشيئا ، ومن الممكن في الوقت الحاضر أن يتم انتقال الرهن مستقلا عن الالتزام المضمون به . وهذا هو الشأن مثلا في حالة التجديد ، اذ يصح الاتفاق في التجديد على نقل التأمينات التي تضمن الالتزام الذي انقضى الى الالتزام الجديد (انظر المادتين ٣٥٦ و ٣٥٧ مدني) . والواقع أنه طالما كان هناك التزام اصلي يستند اليه الرهن ، فان فكرة التبعية تعد قائمة حتى ولو تغير هذا الالتزام . الا أنه ينبغي ان يراعى في حالة التجديد ، ذلك أن انقضاء الالتزام القديم يستتبع انقضاء توابعه بما فيها التأمينات التي

---

(١) بيدان : جـ ١٢ رقم ٣٠٥ ص ٣١٥ .

كانت تضمن الوفاء به • ولكن لما كان من الممكن الاتفاق على نقل تلك التأمينات الى الالتزام الجديد • فاننا بذلك نخرج عن فكرة تبعية الرهن • اذ لا ينقضي هذا الرهن مع الالتزام القديم طبقا لما يقضى به المنطق السليم • ولكنه ينتقل الى الالتزام الجديد • وهو ينتقل بمرتبته السابقة في الوقت الذي كان ينبغي أن تتحدد فيه هذه المرتبة من وقت قيام الدين الجديد (١)•

وفضلا عن هذا فانه يمكن التنازل عن الرهن مستقلا عن الحق المتصل به دون التنازل عن هذا الحق ذاته • وهذا هو الوضع ايضا في حالة التطهير (م١٠٨٣)• وكذلك في حالة ما اذا كان الرهن نفسه • لا الحق المتصل به • قد اقترن به شرط او أجل (٢)•

هذا ويراعى ان فكرة التبعية في حالة الرهن يتسع نطاقها او يضيق طبقا للتصوير الذي يعطى له • فاذا قيل ان الرهن ليس حقا عينيا • وانما وصف من أوصاف الحق من شأنه تدعيمه وضمان الوفاء به • فان الرهن بذلك لا ينفصل عن الحق المضمون• ولكن هذا التصوير تصوير مهجور في الفقه • ولم يقل به الا قلة في فرنسا وهو رأى يعتبر شاذا في الفقه المصري• أما اذا قيل — وهذا هو الرأى السائد والمستقر — بأن الرهن ليس وصفا للحق وانما هو حق عيني تبعي • فانه يترتب على ذلك أنه يمكن ان يستقل عن الحق المضمون• وتبعا لذلك يمكن ان ينشأ حتى ولو لم يوجد هذا الحق • فالرهن اذا كان حقا تبعيا فان فكرة التبعية من ناحية أخرى ليست تامة من جميع الوجوه • وهذا ما يفسر القول بأن حق الرهن الرسمي يعتبر دائما حقا عقاريا وليس منقولا مثل الحق المضمون به (٣)• مع ان اعمال منطق التبعية كان يؤدي بالضرورة الى جعله مثل الحق المضمون به ويأخذ طبيعته •

---

(١) مازو : جـ ٣ رقم ٢٣٦ •
(٢) مازو : جـ ٣ رقم ٢٣٦ •
(٣) مازو : السابق رقم ٢٣٤ •

(٣) الصفة العقارية : والرهن الرسمي لا يرد في الأصل الا على عقار، وهو في هـذا يختلف عن الرهن الحيازي الذي يرد على العقار والمنقول، كما أن حيازة العقار تظل للراهن، مما ييسر له سبيل الافادة منه على اوسع نطاق، فيكون له أن ينتفع بالعقـار وما يخوله من ائتمان، كأن يرهنه لدائن آخر مثلا، وذلك لأن ملكية الراهن تظل ثابتـة لـه.

ولكن صفة التبعية في الرهن جعلت فريقا من الفقه يرى أن الرهن يأخذ طابـع الحق الذي يقوم لضمانه وبذلك يكون له طابع المنقول كالحق الذي يقوم تبعا لـه. ولكن هذا الرأي قد هجر من الفقه، ذلك ان الرهن حق عيني وهو اذا كان حقـا تبعيا، فانه يستقل في الوقت ذاته عن الحق الشخصي الذي يقوم الرهن لضمان الوفـاء به، ولا يأخذ بالضرورة طبيعة هذا الحق، ولما كان الرهن لا يرد في الأصل الا علـى عقار، فهو حق عيني عقاري [١]. فالصفة العقارية او المنقولة تتعلق فقط بما يرد عليـه الرهن.

ويترتب على ذلك أنه لكي يمكن انشاء الرهن ينبغي أن تتوافر الأهلية اللازمـة للتصرف في العقار، كما أنه لكي يمكن التصرف في الرهن يجب ان تتوافر في المتصـرف الأهلية اللازمة للتصرف في العقارات.

ومع ذلك فان النتائج التي تترتب على الصفة العقارية للرهن، تتحدد عمـلا بفكرة التبعية. ولهذا فان الدائن الذي له أهلية استيفاء الدين تكون له أهليـة استيفاء الدين المضمون بالرهن، وتبعا لذلك ينقضي الرهن بانقضاء الدين الاصلـي المضمون، وذلك في الوقت الذي لا يمكن فيه لمثل هذا الدائن التصرف في حق عقاري اذا لم تكن لديه الاهلية لذلك. فاذا لم يكن للوصي مثلا الحق في ان يتنازل وحـده

---

(١) انظر المادة ٨٣ مدني.

عن الرهن (١) ، فانه مع ذلك يستطيع ان يتقاضى الدين المضمون بهذا الرهن الخاص بمن هو تحت وصايته ، وتبعا لذلك ينقضي الرهن .

٤ ـ عدم القابلية للتجزئة :

وتعنى عدم قابلية الرهن للتجزئة ان " كل جزء من العقار او العقارات المرهونة ضامنة لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالعقار او العقارات المرهونة كلها ، مالم ينص القانون او يقضي الاتفاق بغير ذلك " (م ١٠٤١ مدنى) .

فالقاعدة ان الرهن لا يتجزأ ، سواء من حيث العقار المرهون أم من حيث الدين المضمون . اى ان الرهن يظل كاملا ، حتى ولو انقسم العقار المحمل به ، او حتى لو انقسم الدين المضمون . وهذا لاشك فى مصلحة الدائن ، اذ فيه تقوية للضمان . اما من حيث العقار او العقارات المرهونة ، فانه اذا كان المرهون عقارا واحدا وقسم هذا العقار ، كان كل جزء منه ضامنا للدين كله ، فاذا باع المدين جزءا من هذا العقار كان هذا الجزء ضامنا للدين كله ، وللدائن أن يتتبعه فى يد المشترى للتنفيذ عليه بكامل حقه ، كما يكون للدائن كذلك ان ينفذ على الجزء الباقى من العقار فى يد المدين بكامل حقه كذلك . ذلك ان عدم القابلية للتجزئة ترتبط فى الواقع بالصفة العينية للرهن ، والحق العينى يخول صاحبه ان يتتبع الشيء أينما وجد دون نظر الى تجزئته (٢) ، فتجزئة العين المرهونة لا تلزم الدائن بتوزيع مطالبته بحقه تبعا لانقسام العقار ، والا كان فى هذا اضعافا لحقه فى الضمان . ويسرى هذا الحكم كذلك فى حالة تجزئة الملكية ، فاذا صارت الرقبة لشخص والمنفعة لآخر ، تحمل كل من هذين

---

(١) ذلك ان المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ تنص على انه " لايجوز للوصي مباشرة التصرفات الآتية الا باذن من المحكمة : (أولا) جميع التصرفات التى من شأنها انشاء حق من الحقوق العينية العقارية الاصلية أو التبعية او نقله او تغييره او زواله ، وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة " ... (رابع عشر) : " التنازل عن التأمينات واضعافها " .

(٢) بيدان : المرجع السابق (جـ ١٣) بند رقم ٣٠٨ .

الحقين بالرهن كاملا . واذا كان المرهون ضامنا للدين ذاته عدة عقارات ، فانه يكون للدائن ان يتتبع ايا من تلك العقارات لاستيفاء حقه بكامله ، حسبما يتراءى لـــــه . وان كان يراعى فى هذا الصدد أنه لاينبغى أن يتعسف الدائن فى استعمال حقـــه .

واما من حيث الدين المضمون فان الرهن لايقبل التجزئة كذلك . وعلى هـــذا اذا تم الوفاء بجزء من الدين بقى الرهن كله مع ذلك ، ضامنا للجزء الباقى من هـــذا الدين ، حتى ولو كان ماتم الوفاء به هو الجزء الاكبر . ومن ناحية الدائن المرتهن قـــد ينقسم الحق بين عدة اشخاص ، كما فى حالة انقسامه بين ورثته ،وفى هذه الحالـــــة اذا كان كل وارث منهم يختص بنصيب من الحق المضمون بالرهن ، الا ان العقـــــار المرهون يظل ضامنا لكل جزء من هذا الحق بالنسبة لأى من الورثة ، فلو أن الدين قـــام بالوفاء لبعض الورثة ، وبقى أحدهم ، ظل الرهن قائما على العقار المرهون كله ضامنـــا للجزء الباقى .

وهناك حالة اخرى تثور اذا ماقام الدائن المرتهن بحوالة بعض الحق المضمـــون بالرهن فقط ، اذ يثور التساؤل عن الحكم بالنسبة للرهن . القاعدة ان حوالة الحق تشمل ضماناته ، ويقرر الفقه فى هذا الصدد كذلك انه ولو أن الحق قد انقسم بالحوالـــــة ، الا أن العقار المرهون جميعه يظل ضامنا لكل جزء من الحق المضمون . وهذا فى الواقع اعمال لفكرة عدم القابلية للتجزئة[1] . والعلة فى هذا الصدد ، كما هو الشأن فـــى حالة تجزئة العقار أو العقارات الضامنة ، هى ان الرهن حق عينى ، وأن للدائـــــن ان يستعمل حقه مباشرة على العقار المرهون ، بصرف النظر عن اية رابطة بين الاشخاص وحتى لو انقسم الحق ، فان الرهن يبقى ضامنا لكل جزء منه ، كما لو كان بالنسبة للحـــق بأكمله . ولا يوجد مايدعو الى تحديد حقوق كل من الدائنين الذين انقسم الحق بينهم ، بل قد يستحيل ذلك ، اذ كيف يمكن ان نركز الرهن على جزء او آخر من العقار المرهون ، كما يقول بعض الفقهاء[2] .

---

(١) بيدان : المرجع السابق رقم ٣٠٩ .
(٢) بيدان وفواران : المرجع السابق جـ ١٣ ، بند ٣٠٩ .

الحد من قاعدة عدم التجزئة :

على أن قاعدة عدم التجزئة ليست من مستلزمات الرهن أو من جوهره . فهي قاعدة مقررة لصالح الدائن المرتهن ، وهي ليست من النظام العام . فمن المتصور أن ينقضي الرهن تدريجيا وتتحرر العقار أو العقارات المحملة به كلما تم الوفاء بجزء من الدين ، بما يقابل ماتم الوفاء به . وقد يكون ذلك بتنازل الدائن نفسه ، وقد يكون بحكم القانون .
فللدائن أن يتنازل عن قاعدة عدم التجزئة وهي مقررة لحمايته . وهذا التنازل قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا . والتنازل الصريح يتفق عليه وقت انشاء الرهن ، فقد يتفق مثلا في حالة تعدد العقارات المرهونة على أن تتحرر تلك العقارات من الرهن ، واحدا بعد الآخر ، كلما تم الوفاء بجزء من الدين ، أو قد يتفق على انه اذا انقسم الحق المضمون بالرهن بين ورثة الدائن المرتهن ، فان الرهن ينقسم كذلك . اما التنازل الضمني فانه قد يبدو من سلوك الدائن بما يدل على قبوله تجزئة الرهن . وقد حكم بأن الدائن يتنازل عن الافادة من هذه القاعدة متى قبل القائمة التي تبين مرتبته في استيفاء الدين ولا تضعه الا على أحد العقارات المرهونة لضمان الوفاء بحقه (نقض فرنسي ١٩ ديسمبر ١٩١١) .

هذا وقد يقضي القانون في بعض الاحيان بالخروج على هذه القاعدة . وهذا ما يبدو من المادة ١٠٤١ من القانون المدني التي تشير الى امكان الخروج على قاعدة عدم التجزئة كذلك بنص قانوني . وهذا ما هو كائن بالنسبة لقانون تجزئة الضمان رقم ١٢ لسنة ١٩٤٢ اذ خرج المشرع فيه على قاعدة عدم التجزئة وأجاز لمن يملك حصة مفرزة من أرض زراعية مرهونة رهنا رسميا ضمانا لدين يدفع على اقساط ان يدفع للدائن ، واذا اقتضى الحال ان يعرض عليه عرضا حقيقيا ، نصيب ارضه من الاقساط الحالة والفوائد والمصاريف ، ويحدد هذا النصيب بنسبة قيمة الارض المملوكة للطالب الى الارض الباقية (م ١ من القانون) . فاذا قام المالك بدفع نصيب ارضه من الدين استبعدت ارضه من التنفيذ الذي يجريه المرتهن على العقارات المرهونة بصفة مؤقتة .

فاذا أسفر التنفيذ على تلك العقارات عن عدم كفايتها ، كان للدائن المرتهن التنفيذ على الحصة التى استبعدت أولا . وهذه الاحكام التى اوردها القانون سالف الذكر احكام استثنائية لاتنطبق الا فى حالة الرهن الرسمى متى كان المرهون ارضا زراعية، مملوكة لأشخاص متعددين، لكل منهم نصيب مفرز، وبشرط أن يكون الدين المضمون مقسطا (١) .

هذا بالنسبة لقاعدة عدم تجزئة الرهن وما يرد عليها من قيود ، اتفاقية كانت ام قانونية .

وهذا - بصفة عامة - عن التعريف بالرهن وبيان أهم خصائصه ، ويبقى لنا ان نعرض بعد ذلك للكلام عن الرهن الرسمى فى فصول ثلاثة ، نعرض أولا لانعقاده ، ثم نعرض ثانيا لآثاره واخيرا نتكلم عن انقضائه .

---

(١) انظر فى هذا : عبد الفتاح عبد الباقى : التأمينات الشخصية والعينية : ط ٢ ص ٢٨٧ وما بعدها .

الفصـــل الأول

انشـــاء الرهـــن الرسمـــى

٩٥ ـ تمهيد ـ شروط قيام الرهن :

ينعقد الرهن الرسمى بين الدائن المرتهن والراهن ، وينبغى لقيامه أن تتوافر أركانه وشروطه التى ينص عليها القانون ، فيجب أن يقوم الرضا صحيحا ، وأن يتوافـــر المحل والسبب . ولا يكتفى القانون فى شأن الرهن بتوافر الرضا والمحل والسبب طبقا للقواعد العامة ، ولكنه يستلزم فضلا عن ذلك أن يتوافر شرط شكلى آخر هو الرسمية ، وعلى هذا فان انشاء الرهن يقتضى توافر شروط موضوعية هى الرضا والمحل والسبب ، ثم شرطا شكليا آخر هو الرسمية . ونعرض لذلك فيما يلى :

المبحث الأول : الشروط الموضوعية

٩٦ ـ بيان الشروط الموضوعية :

يلزم لقيام الرهن الرسمى ، كما قدمنا ، فضلا عن شرط الرسمية ، أن يقوم الـــرضا صحيحا ، وأن يصدر عن ذى اهلية لانشاء الرهن ، كما يلزم أن يستند الرهن الـــى محل تتوافر فيه الشروط التى يتطلبها القانون ، والى سبب صحيح ، وسنعرض فيما يـلى للشروط الموضوعية للرهن ، مكتفين بما يتطلبه القانون فى شأنه بصفة خاصة ، ومتلافـين فى الوقت نفسه الكلام عن الأحكام التى تقررها القواعد العامة بالنسبة للرضا والمحـل والسبب . فنتكلم أولا عن الرضا ، ثم عن العقار المرهون ، وأخيرا نتكلم عن الالـــتزام المضمون .

المطـلب الأول : الـــرضا

٩٧ ـ تطبيق القواعد العامة مع مراعاة ما ورد خاصا بالأهلية :

يتم الرهن بين الدائن والراهن ، والراهن قد يكون المدين ، كما قد يكـــون

شخصا آخر يقدم رهنا لصلحة المدين ويسمى الكفيل العينى . وفى كلتا الحالتين يجب أن يتوافر الرضا ، وأن يكون هذا الرضا صحيحا خاليا من الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال ، وأن تتوافر فى طرفى العقد الاهلية التى يتطلبها القانون . وليس هناك خروج عن القواعد العامة سوى أن المشرع قد حرص على ايراد أحكام خاصة بالأهلية فى شأن الرهن . ولهذا نقف قليلا لدى الأهلية لنبين ما يورده القانون بشأنها عند الكلام عن الرهن .

٩٨ ـ الأهليـــة :

يفرق فى هذا الشأن بين أهلية الدائن المرتهن وأهلية الراهن ، فبالنسبة للدائن المرتهن يعتبر من الاعمال النافعة له نفعا محضا ، اذ أنه يؤكد حقه فى الوفاء ، لأن عقد الرهن من العقود الملزمة لجانب واحد وهو الراهن ، أما الدائن فلا يلتزم بشىء . ولهذا يكفى أن يكون التصرف من التصرفات التى تعود عليه بالنفع المحض . ويترتب على هذا أن يكون للصبى المميز ومن فى حكمه مباشرة عقد الرهن ، ويقع صحيحا ، وهذا هو الرأى الغالب فى الفقه .

أما بالنسبة للراهن ، فقد نصت المادة ١٠٣٢ مدنى على أنه يجب أن يكون أهلا للتصرف فى العقار ، سواء كان الراهن هو المدين أم شخصا آخر وهو الكفيل العينى ، لكن ماذا يقصد بأهلية التصرف فى هذه الحالة ؟ هل يقصد بذلك التصرف بعوض أو بدون عوض ؟ هنا نفرق بين الرهن المقدم من المدين والرهن المقدم من الغير .

فاذا كان الراهن هو المدين يعتبر التصرف دائرا بين النفع والضرر ، اذ أنه لا يقدم الرهن الا فى مقابل القرض ، أو منحه أجلا أو وفاء لالتزام ناتج من عقد القرض أو عقد الوعد به . أما اذا كان الراهن هو الكفيل العينى فالأصل أنه يعتبر متبرعا ، اذ يقدم الرهن لصلحة المدين ، ولهذا يلزم أن يكون أهلا للتبرع .

وفى كلتا الحالتين فان الاهلية اللازمة للتصرف تبرعا كان أو معاوضة هى أهلية

البالغ الرشيد مالا أن للتفرقة أهميتها في حالة ما اذا كان الراهن صبيا مميزا ، اذ يكون التصرف باطلا بطلانا مطلقا اذا اعتبر تبرعا ، وباطلا بطلانا نسبيا اذا اعتبر معاوضة .

واذا كان القانون يستلزم في الراهن أهلية التصرف على هذا النحو ، وكان الرهن بالنسبة له من أعمال التصرف ، مع أنه لا يترتب عليه نقل الحق من الراهن ، فذلك لأن الراهن يتصرف في العقار تصرفا جزئيا ، اذ يؤدى الرهن الى انتقال العقار ، بتكليف يحد من قيمته باعتباره عنصرا من عناصر الائتمان .

وفي جميع الحالات ، سواء بالنسبة للدائن المرتهن أو بالنسبة للراهن ، اذا كان يصح لأي منهما أن يعقد الرهن بنفسه ، فانه يصح أن يعقده من ينوب عنه نيابة قانونية أو اتفاقية ، مع ضرورة اتباع الاجراءات اللازمة لذلك في حالة النيابة القانونية بحيث تتوافر لدى النائب السلطة اللازمة لذلك ، هذا فضلا عن أنه ينبغي أن يراعى أن الوكالة الصادرة من الراهن في عقد الرهن ، يجب أن تكون وكالة خاصة ، وأنها يجب أن تتم في الشكل الرسمي .

المطلب الثاني : محل الرهن (الشيء المرهون)

٩٩ — تمهيد

يشترط في محل الرهن أن يكون من الأموال التي يجوز رهنها رسميا ، بأن يكون عقارا يصح التعامل فيه ، وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معينا تعيينا دقيقا وموجودا ، كما يشترط لصحة الرهن أن يكون العقار المرهون مملوكا للراهن ، وسنعالج فيما يلي الأموال التي يجوز رهنها رهنا رسميا ، ثم نتكلم بعد ذلك عن ملكية الراهن للشيء المرهون .

الفرع الأول ـ الأموال التي يجوز رهنها رهنا رسميا

١٠٠ ـ شروطها وما يشمله الرهن :

نصت المادة ١٠٣٥ مدني على أنه : " ١ ـ لا يجوز أن يرد الرهن الرسمي الا على عقار ، ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ـ ٢ ـ ويجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وأن يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته ، أو في عقد رسمي لاحق ، والا وقع الرهن باطلا " ومن هذا النص نتبين أن الرهن الرسمي لا يرد في الأصل الا على عقار ، وينبغي أن يكون هذا العقار مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، كما يجب أن يكون معينا تعيينا دقيقا ، ويتصل بهذا الشرط الأخير شرط آخر هو أن يكون العقار موجودا ، فلا يصح رهن الأموال المستقبلة ، وسنعرض للشروط الواجب توافرها بالنسبة لما يجوز رهنه ، واذا ما اتضح لنا ما يجوز رهنه فانه يتعين علينا بعد ذلك أن نحدد الأشياء التي تدخل في نطاق الرهن أي مشتملات الرهن ، ولهذا نتكلم أولا عن الشروط الواجب توافرها فيما يجوز رهنه ثم نتكلم بعد ذلك عن مشتملات الرهن .

أولا ـ شروط الاموال التي يجوز رهنها :

١٠١ ـ ١ ـ يجب أن يكون المرهون عقارا :

لا يرد الرهن الرسمي في الاصل الا على العقارات ، فلا يرد على المنقول الا من قبيل الاستثناء بنص قانوني ، وقد وضع القانون نظاما يغنيه الى حد كبير نظام الرهن الرسمي بالنسبة لبعض المنقولات التي لا يستطيع الدائن التخلي عن حيازتها رغم حاجته الى رهنها للحصول على الائتمان ، كما هو الشأن بالنسبة للسفن والمحال التجارية ، اذ على الرغم من أن السفينة منقول ، فقد نظم المشرع رهن السفن رهنا رسميا بالقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ ، كما أجاز المشرع كذلك رهن المحال التجارية بالقانون

١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها . واذا كان يلزم في المال المرهون أن يكون عقارا فانه لا يمكن أن يرهن العقار بالتخصيص مستقلا عن العقار الأصلي ، لأن العقار بالتخصيص لا يكتسب صفته الا من الحاقه بالعقار المخصص لخدمته، أو استغلاله . فاذا انفصل عنه زالت عنه صفته العقارية وعادت اليه صفته المنقولة .

١٠٢ ــ ٢ ــ يجب أن يكون العقار مما يمكن التعامل فيه :

يجب أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه . وعلى هذا لا يصح رهن الأموال العامة ، لانه لا يجوز التعامل فيها ، كما لا يصح رهن الأموال الموقوفة ، لأن الوقف يحبس العين الموقوفة عن التداول . ولا يصح ــ على الرأى الغالب في الفقه ــ رهن الاموال التي اشترط بالنسبة لها المنع من التصرف ، اذ يقرر القانون بطلان التصرف في المال الذي حصل شرط المنع بالنسبة له ، متى كان هذا الشرط صحيحا (انظر المادة ٨٢٣ و ٨٢٤ مدني) . فاذا كان هناك شرط يمنع الراهن من التصرف بصفة عامة في العقار أو يمنعه من الرهن ، فان الرهن الذي يرتبه على العقار يقع باطلا .

ومع ذلك فان جانبا من الفقه يرى أنه لا يؤخذ بهذا الحكم الأخير على اطلاقه ، بل ينظر الى الحكمة من تقرير شرط المنع من التصرف ، فاذا لم يتعارض الرهن معه كان صحيحا . فقد يشترط البائع مثلا عدم التصرف في العقار الذي لم يستوف ثمنه لكي يتفادى تتبعه ــ بما له من امتياز البائع ــ في يد الغير الذي يتصرف اليه المشترى ، ولكن تحقيق هذا الغرض الذي قصده البائع لا يقتضى أن يحرم على المشترى رهن العقار ، لأن الدائن المرتهن اذا ما اتخذ اجراءات التنفيذ ، فانه يترتب على تسجيل حكم ايقاع البيع تطهير العقار من الحقوق العينية التبعية بما فيها امتياز البائع . ويستوفى البائع حقه من الثمن حسب مرتبة امتيازه (انظر المادة ٤٥٠ مرافعات) ، دون أن يلجأ الى مباشرة حق التتبع الذي أراد أن يتفاداه باشتراطه على المشترى المنع من التصرف .

١٠٣ ـ ٣ ـ يجب أن يكون العقار مما يمكن بيعه بالمزاد العلني :

وهذا الشرط تقتضيه الحكمة من الرهن . لأنه اذا لم يكن من الممكن بيعه بالمزاد العلني فانه لايمكن تحقيق الغرض من الرهن من حيث امكان استيفاء الدائن لحقه من ثمن العقار بعد بيعه . اذ أن العقار المرهون يضمن الوفاء بالدين الاصلي اذا لم يقم به المدين ، ولكي يتحقق ذلك ، يجب أن يكون مما يمكن بيعه حتى يستوفي الدائن حقه . وهذا الشرط وثيق الصلة بالشرط السابق .

وتطبيقا لذلك لا يجوز رهن حق الاستعمال وحق السكنى الواردين على عقار ، لأن هذين الحقين من الحقوق اللاصقة للشخصية ، والأصل انه لايجوز النزول عنهما الا بناء على شرط صحيح أو مبرر قوى (مادة ٩٩٧ مدنى) . ولا يجوز ـ على الرأي السائد في الفقه ـ رهن الحقوق العينية التبعية الواردة على العقار مستقلة عن الالتزام الذى تقوم ضمانا للوفاء به ، اذ لا يمكن وجودها الا مستندة اليه ، كما لا يمكن بيعها مستقلة عنه . ولهذا لايصح رهن الرهن الرسمي ، ولا رهن حق الاختصاص أو الرهن الحيازى أو حقوق الامتياز .

١٠٤ ـ ٤ ـ يجب أن يكون العقار معينا تعيينا دقيقا ـ مبدأ تخصيص الرهن :

بعد أن أوجبت المادة ١٠٣٥ أن يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، أوجبت كذلك . ان يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، وأن يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته أو في عقد رسمي لاحق والا وقع الرهن باطلا .

ومن الواضح أن المشرع يتشدد في تعيين محل الرهن بحيث يكون محددا تحديدا دقيقا منذ البداية ، خلافا لما تقضى به القواعد العامة من أنه يكفى أن يكون المحل قابلا للتعيين . ذلك أن الرهن يجب أن يخصص بمحل معين بذاته منذ تقريره ، كما [illegible] ـب أن يكون مقصورا على ضمان دين معين بالذات ومحدد المقدار ، وهذا هو

ما يعرف بتخصيص الرهن ، والا كان باطلا .

ويهدف المشرع من وراء تخصيص الرهن الى حماية الراهن حتى يقدم من عقاراته ما يكفى لضمان الدين ، ويحتفظ بالباقى من أمواله خاليا من الرهن ، فيستطيع الاقتراض عليها بسهولة اذا لزم الامر ، كما يرمى الى حماية من يتعاملون مع الراهن فيما بعد بتمكينهم من معرفة حقيقة مركز عقاراته ، وما يثقل كلا منها من ديون وما يمكن أن تتحمله بعد ذلك .

وتعيين العقار يكون من حيث طبيعته ، فاذا كان أرضا يعين ما اذا كانت زراعية أو مبنية أو أرضا معدة للبناء ، واذا كان بناء يعين ما اذا كان منزلا أو مصنعا ... كما يكون تعيين العقار من حيث موقعه فيذكر اسم الجهة الكائن بها والمساحة والحدود والعلامات المميزة ان وجدت ... وبالنسبة للمبانى يذكر اسم البلدة والشارع ورقم المنزل ... والمهم هو أن يكون التعيين دالا على العقار مميزا له عن غيره ، وهذا من الأمور التى يقدرها القاضى . والتعيين قد يرد فى العقد ذاته ، كما قد يرد عقد رسمى لاحق .

١٠٥ ـ ٥ ـ يجب أن يكون العقار المرهون موجودا ـ بطلان رهن الأموال المستقبلة :

نصت المادة ١٠٣٣ / ٢ على أنه " ويقع باطلا رهن المال المستقبل " فما هو المقصود بالمال المستقبل فى هذا الصدد ؟ تقضى القواعد العامة بأنه " يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا " (١٣١ / ٢ مدنى) والمقصود من هذا أن محل الالتزام يمكن أن يرد على شئ مستقبل غير موجود أصلا وقت العقد ولكنه سيوجد فيما بعد . كمنزل لم يبدأ بعد فى بنائه ، هذا هو معنى أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبلا . وهو ما ينبغى أن ينصرف اليه معنى رهن المال المستقبل ، فالرهن الذى يرد على مال غير موجود فعلا وقت ابرام العقد ـ كمنزل لم يتم انشاؤه ـ يكون باطلا بطلانا مطلقا .

فاذا كان المال موجودا فعلا عند ابرام العقد ولكنه كان مملوكا للغير، وقـــام الراهن برهنه على أساس أنه سيتملكه في المستقبل ، سرى عليه حكم رهن ملك الغير ، لا رهن الأموال المستقبلة . وهناك فارق بين الحالتين اذ رهن المال المستقبل ـ وهـو المال غير الموجود أصلا وقت العقد ـ باطل ، أما رهن ملك الغير ، وهو المال الموجـود فعلا في ملك الغير ، فانه قابل للابطال (أنظر المادة ١٠٣٣/١) .

وقد أوردت المذكرة الايضاحية في هذا الصدد أن الرهن يبطل هنا لانـــه يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن اذ جاء بها أنه " اذا كان العقار المرهون مستقبـلا معينا بالذات وغير مملوك للراهن ، فان الرهن يكون باطلا بطلانا نسبيا . اما اذا كان الرهن واقعا على عقار لم يعين بالذات ، واقتصر الراهن على رهن ما عسى أن يملكـه في المستقبل من عقار ، فان الرهن يكون باطلا بطلانا مطلقا ، لأنه يتعارض مع مبـدأ تخصيص الرهن " . ومن هذا تتضح لنا صلة هذا الشرط بسابقه ، فرهن المال المستقبل غير الموجود أصلا باطل ، لانه غير معين بالذات ، أى أن سبب البطلان هو عدم تعيين محل الرهن . ولهذا متى كان المال المستقبل معينا بالذات لكنه غير مملوك للراهــن سرت عليه أحكام رهن ملك الغير ، كما سنرى .

ثانيا ـ مشتملات الرهـــن

١٠٦ ـ ما يشمله الرهن غير وارد على سبيل الحصر :

رأينا فيما سبق الشروط الواجب توافرها في المال المرهون من حيث كونه عقـارا يصح رهنه رهنا رسميا ، يجوز التعامل فيه وبيعه بالمزاد ، وكونه معينا وموجودا ، فاذا تعين العقار المرهون ، فما هي الأشياء التى تدخل في نطاق الرهن أو ما هي مشتملات الرهن ؟ نصت المادة ١٠٣٦ على أن " يشمل الرهن ملحقات العقار المرهون التي تعتبر عقارا ، ويشمل بوجه خاص حقوق الارتفاق ، والعقارات بالتخصيص والتحسينـــات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك ، ما لم يتفق على غير ذلك ، مع عدم الاخلال ،

بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ " .

وأول ما تنبغي مراعاته في هذا الصدد هو أن لارادة المتعاقدين دورها في تحديد ما يشمله الرهن ، اذ يكون لهما أن يتفقا على ذلك، سواء في عقد الرهن نفسه ، أم في عقد لاحق ، بحيث يعينون ما يشمله الرهن تعيينا دقيقا نافيا للجهالة . فاذا لم يتضح من ارادة الطرفين ما يشتمل عليه الرهن ، سرت الأحكام الواردة في المادة ١٠٣٦ ، وانصرف الرهن الى العقار وملحقاته التي تعتبر عقارا ، فاذا لم تكن هذه الملحقات عقارا فلا تلحق به .

وقد ذكر المشرع أمثلة لما يمكن أن يشمله الرهن ، فقرر أنه يشمل «حقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص والتحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك» ولكن ما ذكره المشرع لم يرد على سبيل الحصر فيدخل فيها غيرها مثل ثمار العقار . ونبين ذلك فيما يلي :

١٠٧ - ١ - حقوق الارتفاق : يلحق بالعقار المرهون حقوق الارتفاق المقررة لخدمته . واذا كان رهن العقار يشمل حقوق الارتفاق ، الا أنه لا يجوز رهنها مستقلة ، والرهن يشمل هذه الحقوق ، سواء كانت موجودة من قبل أم وجدت بعد تقريره .

١٠٨ - ٢ - العقارات بالتخصيص : يشمل رهن العقار كذلك العقارات بالتخصيص من وقت رصدها لخدمته واستغلاله ، ولا يهم وقت تخصيصها ، سواء قبل الرهن أم بعده . بل أن الرهن يشملها حتى ولو لم يكن الراهن قد دفع ثمنها بعد ، فيتزاحم حق المرتهن مع امتياز بائع المنقول .

ويظل الرهن شاملا للعقارات بالتخصيص طالما بقيت محتفظة بصفتها العقارية ، فاذا فصلت فعلا زالت عنها صفة العقار ، وبالتالي تخرج من نطاق الرهن ، ومع ذلك فان للدائن المرتهن ان يلزم مالك العقار المرهون باعادتها فتعود اليها صفتها

ويشملها الرهن . وللمرتهن أن يستعمل حقه في اعادة المنقولات المخصصة لخدمة العقار ، حتى في مواجهة الحائز لها ، ما لم يترتب لهذا الاخير حق عليها بمقتضى قاعدة الحيازة في المنقول . واذا كانت المنقولات قد بيعت ولم يدفع ثمنها ، كان للدائن المرتهن أن يباشر حق التقدم على هذا الثمن تطبيقا لنظرية الحلول العيني .

١٠٩ ـ ٣ ـ التحسينات والانشاءات :

يشمل الرهن التحسينات والانشاءات ايا كان نوعها وايا كانت قيمتها وأيا كان وقت وجودها ، وذلك بشرط أن تعود منفعتها على المالك .

فالرهن يشمل التحسينات والانشاءات أيا كان نوعها ، سواء كانت بفعل الطبيعة أم بفعل الانسان ، كما لو زادت الأرض بفعل الطمي ، أو شيد المالك بناء على الأرض المرهونة ، أو بنى طابقا جديدا على المنزل المرهون ... هذا بالاضافة الى أن الدائن المرتهن يستفيد مما يطرأ على قيمة العقار من زيادة (كما يضار بما يطرأ عليها من نقص) نتيجة تغير الظروف ، كارتفاع الاسعار (أو انخفاضها) بصفة عامة ، أو انشاء طريق جديد أو عمل ميدان ...

والى جانب ما سبق فان الرهن يشمل التحسينات والانشاءات أيا كانت قيمتها ، حتى ولو كانت قيمتها تزيد عن قيمة العقار المرهون ذاته ، فاذا أقام المالك على الأرض المرهونة بناء كبيرا تفوق قيمته بكثير قيمة الارض المرهونة أصلا ، شمله الرهن كذلك .

والرهن يشمل التحسينات والانشاءات التي تطرأ على العقار المرهون ، سواء كانت موجودة عند الرهن ، أم وجدت بعده ، وانما يلزم لكي يشملها الرهن ، ان تعود منفعتها على المالك ، وعلى ذلك اذا اذن صاحب الارض المرهونة للمستأجر مثلا باقامة بناء عليها فان الرهن لا يشمل هذا البناء الذي اقامه المستأجر طالما ظل مملوكا لهذا الاخير الذي بناها . فاذا زالت ملكية المستأجر وأصبحت المباني مملوكة لصاحب الارض المرهونة شملها الرهن من وقت تملك صاحب الارض لها .

على أنه اذا كان الرهن يشمل التحسينات والانشاءات التي تعود بمنفعة على المالك على النحو السابق فان هذا لا يخل بامتياز المبالغ المستحقة للمقاولين أو المهندسين المعماريين المنصوص عليه في المادة ١١٤٨ فلو رهن شخص أرضا ثم بنى عليها ، امتد الرهن الى البناء ، على أن يتقدم المقاول والمهندس عليه لهما من مبالغ مستحقة نظير هذا البناء ، وفي حدود ما يترتب على عملهما من زيادة في الدائن المرتهن في استيفاء ما هو مستحق لهما .

وينبغي أن يراعى أن التحسينات والانشاءات التي يشملها الرهن ، هي التي تعتبر من ملحقات العقار وتوابعه فعلا ، فلا يشمل الرهن ما قد يتملكه الراهن من عقارات أخرى لا تعد كذلك ولو كانت مجاورة للعقار المرهون فاذا اشترى الراهن قطعة أرض مجاورة للأرض المرهونة لا يشملها الرهن . وتطبيقا لهذا يمكن القول بأنه اذا رهن شخص حقه في الانتفاع بعقار ثم آلت بعد ذلك ملكية الرقبة ، لا يشملها الرهن ، لأن الرقبة ليست من توابع حق الانتفاع ، وعلى العكس من ذلك اذا رهن شخص ملكية الرقبة ثم آل اليه بعد ذلك حق الانتفاع امتد اليه الرهن ، لان الانتفاع من توابع الرقبة .

١١٠ ـ ٤ ـ الثمار : يمتد الرهن كذلك الى الثمار ، سواء كانت موجودة وقت الرهن أم وجدت بعد ذلك ، وسواء كانت بفعل الراهن نفسه أم بفعل الغير أم بفعل الطبيعة .

ولكن لما كان الرهن لا يحرم الراهن ، أو من تنتقل اليه ملكية العقار من استغلاله ، فان للمالك أخذ الثمار التي تفقد صفتها العقارية بمجرد فصلها ، فلا يشملها الرهن . الا أن حق مالك العقار في قبض الثمار ليس مطلقا ، اذ يظل له هذا الحق الى حين الحاق الثمار بالعقار حيث يوزع ثمنها ، كما يوزع ثمن العقار ، ويكون للدائن المرتهن حق التقدم على ثمنها . والحاق الثمار بالعقار يختلف بحسب ما اذا كانت

ملكية العقار قد بقيت فى يد الراهن ، أو ما اذا كانت هذه الملكية قد انتقلت الى يد شخص آخر وهو الحائز .

فاذا كان العقار فى ملكية الراهن الحقت الثمار بالعقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية . وتنص المادة ١٠٣٧ مدنى على أنه " يترتب على تسجيل تنبيه نزع الملكية أن يلحق بالعقار ما يغله من ثمار وايراد عن المدة التى أعقبت التسجيل ، ويجرى فى توزيع هذه الغلة ما يجرى فى توزيع ثمن العقار " (أنظر كذلك المادة ٦٠٦ ١ مرافعات)

أما اذا كان العقار فى يد الحائز ، فان الثمار لا تلحق بالعقار الا من وقت انذاره بالدفع أو التخلية ، وقبل هذا تكون الثمار للحائز وتقضى المادة ١٠٧٩ فى هذا بأن " على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية . فاذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار الا من وقت أن يوجه اليه انذار جديد " .

والحاق الثمار بالعقار يسرى على كل أنواع الثمار ، سواء كانت ثمارا مدنية وهى التى عبر عنها المشرع بالايرادات ، أم طبيعية كالمحصولات . ولا صعوبة بالنسبة للثمار المدنية ، اذ أن ما يستحق منها بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية أو الانذار بالدفع أو التخلية هو الذى يلحق بالعقار ، اما ما سبق ذلك فلا يلحق به ، حتى ولو لم يتم الوفاء به الا بعد تسجيل التنبيه أو الانذار .

أما بالنسبة للثمار الطبيعية ، فقد انقسم الرأى . وذهب البعض الى أن العبرة فى الحاقها بالعقار هو تاريخ الجنى ، فاذا كان جنيها بعد تسجيل التنبيه أو الانذار الحقت كلها بالعقار ، لانها تعتبر مقبوضة من يوم فصلها خلافا للثمار المدنية التى تعتبر مقبوضة يوما فيوما ، ولهذا لا يعتد بالمدة السابقة على تسجيل التنبيه أو الانذار ، ولكن الرأى السائد فى هذا الصدد هو أنه اذا كان نضج الثمار قد تم بعد تسجيل التنبيه أو الانذار ، فان الثمار تلحق بالعقار وبالتالى يتعلق بها حق الدائن

المرتهن وذلك بنسبة المدة التالية لهذا التاريخ الى مجموع المدة اللازمة لنضجها .
فاذا كانت المدة اللازمة لنضج الثمار ستة شهور مثلا وتم النضج بعد تسجيل التنبيه أو الانذار بأربعة شهور ألحق بالعقار ثلثا ثمن هذه الثمار ووزع كما يوزع ثمن العقار. وهذا الرأى الاخير يتفق مع ما قصده المشرع فى المادة ١٠٣٧ مدنى والمادة ٤٠٦ مرافعات. وقد جاء فى هذا النص الاخير الملحق بالعقار ثماره وايراداته عن المدة التالية لتسجيل التنبيه .

وتثور بصدد الكلام عن الثمار مسألة اخيرة وهى حالة بيعها مقدما وأثر ذلك بالنسبة الى الدائن المرتهن . ذلك أن الثمار لا تلحق بالعقار اذا جنيت بالفعل قبل تسجيل التنبيه أو الانذار . لكن ما الحكم اذا باع الراهن الثمار قبل تسجيل التنبيه أو الانذار ، ثم جنيت بعد هذا التاريخ ؟ يمكن القول قياسا على ما جاء بشأن المخالصة بالأجرة مقدما (أنظر المادة ١٠٤٦ مدنى) بأن هذا البيع يسرى فى مواجهة الدائن المرتهن متى كان ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه أو الانذار .

١١١ ــ الفرع الثانى ــ ملكية الراهن للشىء المرهـــون

لكى ينعقد الرهن صحيحا ، يلزم أن يكون العقار المرهون مملوكا للراهن ، وقد نصت على ذلك المادة ١٠٣٢ / ٢ فقضت بأنه : " ... يجب أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ... " سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان شخصا آخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

ونعرض فيما يلى لرهن ملك الغير ، ثم نعرض بعد ذلك لحالة ما اذا كان الراهن مالكا ، تحت شرط ، أو مالكا زالت ملكيته بأثر رجعى . كما نعرض لحالة الرهن الصادر من المالك الظاهر ، وحالة رهن المبانى المقامة على أرض الغير ، ثم نعرض أخيرا لحالة رهن العقار المملوك على الشيوع.

١١٢ — ١ — رهن ملك الغير : رأينا أنه يلزم لقيام الرهن صحيحا أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون ، فما هو الحكم اذا رهن شخص عقارا لا يملكه؟ نصت المـــادة ١/١٠٣٣ على هذا بقولها : " اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ، فان عقـــد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ، واذا لم يصدر هذا الاقرار فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكـا للراهن " .

ومن هذا يتبين لنا أن الرهن لا يكون صحيحا متى كان العقار المرهون مملوكـا للغير . وقد أفصحت المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى عن أن البطلان فى هـــذه الحالة بطلان نسبى ، وذلك توحيدا فى الحكم بين بيع ملك الغير ورهن ملك الغـــير رهنا رسميا ، ورهن ملك الغير رهنا حيازيا ، لوحدة العلة ، وتحقيقا لاتساق التشريع .

واذا كان الرهن باطلا بطلانا نسبيا على هذا النحو ، فانه يكون لمن تقـــرر البطلان لصالحه فى هذه الحالة ، وهو الدائن المرتهن أن يجيز العقد . ولكن الواقـع أن أثر هذه الاجازة قاصر على تصحيح العقد بين طرفيه وهما الدائن المرتهـــــن والراهن ، ولا يترتب عليها أثرها بالنسبة للمالك .

تصحيح رهن ملك الغير ، ومن النص السابق يتبين لنا أن المشرع قد عـــرض لحالتين يجوز تصحيح الرهن فيهما : (١) حالة الاقرار الصادر من المالك الحقيقـــى فاذا صدر اقرار من المالك الحقيقى أصبح الرهن صحيحا . ويستلزم القانون أن يكـــون اقرار المالك فى هذه الحالة بورقة رسمية ، وفى هذا حماية له . واذا ما صدر الاقـــرار فى الشكل المطلوب ، كان له أثر رجعى ، بمعنى أن الرهن يعتبر صحيحا من وقـــت الانعقاد ، مع عدم الاخلال بحقوق الغير التى اكتسبت من المالك قبل هذا الاقـــرار وأشهرت وفقا للقانون . فاذا كان المالك قد رتب للغير رهنا أو أى حق عينى عـــلى العقار ، وتم شهر هذا الحق وفقا للقانون ، ثم صدر اقراره بعد ذلك ، فان هـــذا

الاقرار لا ينبغي أن يضر بحقوق الغير ، ولا يسرى الرهن عليهم حتى ولو كان قيده سابقا على شهر حقوقهم . (٢) اكتساب الراهن ملكية العقار المرهون ، فاذا آلت الى الراهن ملكية العقار المرهون ينشأ حق الرهن صحيحا اعتبارا من هذا الوقت . واذا كان حق الرهن ينشأ من وقت تملك الراهن للعقار ، فان هذا لا يضر بالحقوق التى ترتبت من المالك الأصلى فى الفترة بين انعقاد الرهن وتملك الراهن للعقار . واذا كان حق الرهن لا ينشأ فيما بين المتعاقدين - وهما الدائن المرتهن والراهن - الا من هذا الوقت فانه اعتبارا من هذا التاريخ ، لا يكون للدائن المرتهن التمسك بابطاله .

١١٣ - (٢) رهن المالك تحت شرط :

لا يلزم أن تكون ملكية الراهن باتة فيصح الرهن ولو كانت ملكيته معلقة على شرط واقف أو فاسخ ، فاذا كانت ملكية الراهن معلقة على شرط واقف ، وتحقق الشرط اعتبر أنه كان يملك العقار بأثر رجعى ، فيقع رهنه صحيحا من وقت نشوئه . واما اذا لم يتحقق الشرط ، اعتبر الراهن أنه لم يتملك العقار أصلا ، وبالتالى يعتبر الرهن واقعا على ملك الغير ، ويطبق حكم المادة ١٠٣٣/١ .

واذا كان الراهن مالكا للعقار المرهون تحت شرط فاسخ ، فان مصير الرهن يتوقف على تحقق الشرط او تخلفه ، فاذا تخلف الشرط أصبح الرهن صحيحا بصفة نهائية . أما اذا تحقق الشرط فان ملكية الراهن تزول بأثر رجعى ، ويعتبر تبعا لذلك أنه لم يتملك العقار أصلا ، وتعود الملكية الى المالك الاصلى خالية من الرهن ، اذ لا يسرى عليه ما لم يكن الدائن المرتهن حسن النية ، فيطبق حكم المادة ١٠٣٤ كما سنرى .

١١٤ - (٣) حماية الدائنين المرتهنين حسني النية من زوال الملكية بأثر رجعي :

وقد يكون الراهن مالكا للعقار ثم تزول عنه الملكية لأى سبب من الأسباب ، كالابطال أو الفسخ أو الالغاء ، بأثر رجعى ، واعمال الاثر الرجعى يؤدى الى اعتبار الراهن لم يتملك العقار أصلا ، وبالتالى يعتبر أنه رهن ما لا يملك ، ورهن ملك الغير

لا يرتب أثرا في مواجهة المالك الحقيقي .كما أن الراهن ،وقد زالت ملكيته عن العقـــار ولم يعد له أي حق عليه ، لا يستطيع أن ينقل الى غيره أكثر مما يملك .

ولكن لما كان منطق الأثر الرجعي لزوال الملكية على هذا النحو يسيء الى مركز الدائن المرتهن ،وخاصة انه اعتمد على الرهن ، اذ تهدر ثقته المشروعة متى كان قـــد اكتسب حقه في الرهن بحسن نية ، معتقدا انه صدر ممن يملكه ،لهذا عمل المشرع علـى الحد من الاثار التي تترتب على زوال ملكية الراهن بأثر رجعي فنص في المـــــادة ١٠٣٤ على أنه: " يبقى قائما لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر ابطال سند ملكيته أو فسخه أو الغاؤه أو زواله لأي سبب آخر ، اذا كان هــــذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن ."

ومن هذا النص يتضح أن المشرع أراد أن يحمي الدائن المرتهن حسن النيـــة بالعمل على الابقاء على الرهن الذي صدر من مالك زالت عنه الملكية فيما بعد ،انمـــا يشترط لتطبيق هذا النص شروط ثلاثة :

(١) أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون في الوقت الذي أبرم فيه الرهـــن .
فاذا لم يكن مالكا له بأن كان سند ملكيته باطلا بطلانا مطلقا لتخلف الرضا أو السبب أو المحل أو لعدم توافر الشكل الذي قد يتطلبه القانون . أو كان قد اشترى العقـــار بعقد لم يسجل ، فلا يطبق النص ، فالعبرة اذن بكون الراهن كان مالكا حقيقة عنـــد الرهن ، ثم زالت عنه الملكية . فاذا لم يكن مالكا أصلا ولم تنتقل اليه الملكية ،لا يطبـــق النص .

(٢) ان يكون الدائن المرتهن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهـــن .
ومعنى ذلك أنه يجب أن يكون جاهلا السبب الذي يهدد ملكية الراهن بالـــزوال ، ولا يكفي هذا ، بل يجب ألا يعلم بهذا السبب وألا يكون في استطاعته أن يعلم بهــذا السبب . فاذا كان عالما بما يهدد ملكية الراهن بالزوال أو كان في امكانه أن يعـــلم

بذلك ــ كما اذا كان الراهن قد اشترى العقار الذى رهنه وذكر فى العقد المسجل أنه لم يدفع باقى الثمن ــ فانه لايكون له أن يتمسك بحسن نيته ويستفيد من حكم المادة ١٠٣٤ . ذلك أن الدائن المرتهن يستطيع فى مثل هذا الفرض أن يعرف من سند ملكية الراهن أن هذا السند مهدد بالفسخ اذا لم يقم الراهن بالوفاء بما بقى عليه من الثمن ، ومسلك الشخص العادى يحتم على المرتهن الاطلاع على سند ملكية الراهن لمعرفة ما قد يهدده من عيوب .

وحسن النية يجب أن يتوافر وقت ابرام الرهن . فاذا علم المرتهن بعد الرهن بما يهدد سند الراهن بالزوال فلا تأثير له .

وتطبيقا للقواعد العامة ، الاصل أن حسن النية يفترض فى الدائن المرتهن حتى يقوم الدليل على العكس .

(٣) أن يزول سند ملكية الراهن عن طريق ابطاله أو فسخه أو الغائه أو لأى سبب آخر .

هذه هى الشروط التى ينبغى توافرها حتى يطبق حكم المادة ١٠٣٤ . ومع ذلك فان الفقه يضيف الى هذه الشروط شرطا آخر لا يبدو من نص المادة سالفة الذكر وهو ضرورة أن يكون الرهن مقيدا فى تاريخ سابق على تاريخ تقرير زوال سند الراهن أو التاريخ الذى اشهر فيه هذا الزوال أو اشهرت فيه صحيفة الدعوى التى طعن بها فى سند ملكيته .

اذا ما توفرت الشروط السابقة ، بقى حق الدائن المرتهن قائما رغم زوال ملكية الراهن ، ويكون له أن يتمسك به فى مواجهة المالك الاصلى على الرغم من عدم صدور الرهن منه ، كما يكون للدائن المرتهن أن يتخذ اجراءات نزع الملكية ــ أو يستمر فى اتخاذها اذا كان قد بدأها ــ ضد هذا المالك الحقيقى للعقار .

١١٥ـ (٤) الرهن من المالك الظاهر :

قد يصدر الرهن من شخص يظهر بمظهر المالك ، ويتعامل على هذا المظهر مع دائن مرتهن حسن النية ، ومع ذلك فان ضمان استقرار التعامل وحماية الثقة المشروعة يؤديان الى القول بصحة هذا الرهن وسريانه فى مواجهة المالك الحقيقى ، رغم خروج ذلك على المبادىء الاساسية فى القانون المدنى والتى تقضى بحصر أثر التصرفات على أطرافها ، وبأن الشخص لايستطيع أن يعطى أكثر مما يملك ، وبضرورة أن يكون الراهن مالكا للعقار المرهون . ومما يدعو الى حماية الدائن المرتهن فى هذه الحالة أنه كثيرا ما يتعذر على الشخص معرفة من هو المالك الحقيقى ، وخاصة اذا كان الراهن فى ظروف تحمل على الاعتقاد بأنه هو المالك . وسنعرض فيما يلى للرهن الصادر من المالك الظاهر فى حالة المالك بسند صورى ، والوارث الظاهر .

المالك بسند صورى : قد يتملك الشخص عقارا بعقد صورى ، فما هو الحكم اذا قام مثل هذا الشخص برهن العقار ؟ لا شك أن الدائن المرتهن يعتبر خلفا خاصا للراهن (المالك الظاهر) ، ولهذا يكون له (للدائن) التمسك بالعقد الظاهر ، متى كان حسن النية وقت التصرف ، أى متى كان يجهل أن الراهن يتملك العقار بعقد صورى . والقانون بذلك يحمى الدائن المرتهن باعتباره خلفا خاصا للراهن ، لانه اعتمد على الوضع الظاهر ولم يكن فى وسعه معرفة حقيقة الامر . وقد نصت المادة ٢٤٤/١ مدنى على أنه " اذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين وللخلف الخاص ، متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى " .

واذا ما تعارضت مصلحة الدائن المرتهن الذى يتمسك بالعقد الصورى ، أى بالوضع الظاهر ، مع مصلحة دائن مرتهن آخر من المالك الحقيقى ، فان القانون يفضل من يتمسك بالوضع الظاهر ، ويقدم الدائن المرتهن من المالك الظاهر ، حتى ولو كان المرتهن من المالك الحقيقى قد سبقه فى القيد ، لان كلا من الدائنين المرتهنين قد اكتسب حقه

من راهن مختلف. وقد نصت المادة ٢/٢٤٤ على أنه " اذا تعارضت مصالح ذوي الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر وتمسك الاخرون بالعقد المستتر، كانت الافضليـــــة للاولين " .

الوارث الظاهر، قد يظهر شخص أمام الناس أنه الوارث الحقيقي للتركة ، ثـــم يتبين بعد ذلك أنه ليس كذلك نظرا لوجود شخص آخر يحجبه ، فما هو الحكم اذا قام هذا الوارث الظاهر برهن عقار من عقارات التركة ، وما أثر ذلك بالنسبة للوارث الحقيقي؟

لا شك في أنه اذا كان الدائن المرتهن سيء النية ، أي يعلم أن الوارث الظاهر ليس هو الوارث الحقيقي ، فانه لا يكون للرهن أثره بالنسبة للوارث الحقيقي .

أما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية أي يعتقد أن الوارث الظاهر الـــذي قام بالرهن هو الوارث الحقيقي ، فان القانون لم يضع حلا في هذا الصدد ولم يبـــين ما اذا كان مثل هذا الرهن يسري في مواجهة الوارث الحقيقي أم لا . وفي فرنسا يتفــق الفقه والقضاء على حماية الدائن المرتهن من الوارث الظاهر متى كان يعتقد أن الراهن هو الوارث الحقيقي وكان الناس يعتقدون كذلك أنه الوارث ، وذلك تطبيقا لقاعـــدة مستقرة عندهم وهي أن الغلط الشائع يولد الحق . أما عندنا فان فريقا من الفقه يـــرى أن الرهن الذي يصدر من الوارث الظاهر لا أثر له بالنسبة للوارث الحقيقي حتى ولـــو كان الدائن المرتهن حسن النية ، لانه رهن صادر من غير مالك . ولكن فريقا آخر من الفقه يرى غير ذلك ، وأن الرهن الصادر من الوارث الظاهر يسري في مواجهة الوارث الحقيقي متى كان الدائن المرتهن حسن النية . والواقع أن هذا الاتجاه هو ما يجب الأخذ بـه حماية للاوضاع الظاهرة وللثقة المشروعة واستقرار المعاملات . ومن ناحية أخرى فـــان القانون المدني عندما يتجه الى حماية الأوضاع الظاهرة في حالات متعددة ، مما يكشـف عن اتجاهه في حماية استقرار المعاملات . من ذلك ما رأينا بصدد حمايته للدائـــن المرتهن الذي يتعامل بحسن نية مع المالك بسند صوري ، ومن ذلك أيضا حمايته لحسن

يتعامل مع نائب انقضت نيابته وظهر بمظهر النائب ، متى كان النائب ومن تعاقد معه يجهلان معا وقت العقد انقضاء النيابة (أنظر المادة ١٠٧) .ومن ذلك أيضا ما نص عليه في المادة ٣٣٣ من أن الوفاء يبرىء ذمة المدين اذا تم بحسن نية لشخص كان الدين في حيازته ، وهو ما يسمى بالدائن الظاهر .هذا فضلا عن أن المشرع قد كشف عن رغبته في هذا الصدد بحمايته الدائن المرتهن حسن النية اذا ما ارتهن من مالك زالت ملكيته ،كما رأينا في نص المادة ١٠٣٤ .

١١٦ـ (٥) رهن المباني القائمة على أرض الغير :

الاصل أن مالك الأرض يملك ما عليها من مبان . وتقضي المادة ١/٩٢٢ بأن " كل ما على الأرض أو تحتها من بناء أو غراس أو منشآت أخرى ،يعتبر من عمل صاحب الأرض اقامة على نفقته ويكون مملوكا له " .

ومع ذلك فان القانون يجيز لمن بني في أرض الغير أن يقيم الدليل على أنه أقام المباني على نفقته ، كما يجيز كذلك أن يقام الدليل على أن مالك الارض قد خول أجنبيا ملكية منشآت كانت قائمة من قبل ، أو خوله الحق في اقامة هذه المنشآت وتملكها (م ٩٢٢/ ٢) .

ومن هذا يتبين لنا أن من الجائز أن تكون المباني مملوكة لغير صاحب الأرض ، وقد يكون هذا الغير مستأجرا أو صاحب حق انتفاع ، أو حتى مجرد واضع يد . واذا كان من الممكن أن تكون المباني مملوكة لغير صاحب الأرض على هذا النحو ، فانه يجوز رهنها باعتبارها عقارا ،وهذا ما أقره المشرع في المادة ١٠٣٨ اذ تنص على أنه : " يجوز لمالك المباني القائمة على أرض الغير أن يرهنها ، وفي هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم في استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المباني ،ومن التعويض الذي يدفعه مالك الأرض اذا استبقى المباني وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق .

ومن هذا يتبين لنا أن رهن المباني القائمة على أرض الغير يجوز ، اذ أنه في

هذه الحالة يقع من مالكها ، وليس فى هذا أى خروج على القواعد العامة التى تقضى بضرورة تملك الراهن للعقار المرهون ، وطالما كان الأمر كذلك فما الذى دعا الى وضع حكم خاص لهذه الحالة ؟

الواقع أن الذى دعا الى وضع حكم خاص لهذه الحالة هو أن ملكية الراهن للمبانى ملكية مؤقتة . ولهذا فانه اذا كان القانون قد خول لمالك المبانى أن يرهنها ، فانه لا ينبغى الاخلال بأحكام الالتصاق عندما تئول ملكية هذا البناء لصاحب الأرض . وهنا نفرق بين حالتين :

(١) حالة ما اذا استحق الدين المضمون وكانت المبانى لا تزال قائمة فى ملك الراهن فانه يكون للدائن المرتهن أن ينفذ عليها ، ويستوفى حقه من ثمنها بعد بيعها جبرا بالطرق العادية ، وفى حدود حق الراهن . وفى هذه الحالة اذا رسا المزاد على غير صاحب الارض ، فان ملكيته للمبانى تكون مؤقتة كذلك ، ويكون لصاحب الأرض أن يتملك المبانى فى الموعد المحدد مع دفع التعويض لمن رسا عليه المزاد طبقا لأحكام الالتصاق .

(٢) أما اذا استحق الدين المضمون بالرهن بعد أن زالت ملكية الراهن للمبانى بانتقالها طبقا لاحكام الالتصاق الى مالك الارض ، أو بعد ازالة المبانى ، فان القانون يقضى بأن يكون للدائن المرتهن حق التقدم فى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا ما هدمت المبانى .

أما اذا استبقى مالك الارض المبانى فان حق الدائن المرتهن يستوفى من التعويض الذى يدفع لصاحب المبانى . ذلك أن ملكية المبانى فى هذه الحالة تئول الى مالك الارض خالصة مما عليها من رهن ، ويمتنع على الدائن المرتهن أن ينفذ على البناء تحت يد صاحب الارض ، اذا يتجرد حقه من هذه الحالة من ميزة التتبع ، وانما تظل له الأفضلية على مبلغ التعويض .

١١٧ ـ (٦) رهن العقار المملوك على الشيوع :

اذا كان من اللازم أن يصدر الرهن من مالك العقار ، فانه ليس من الحتم أن تكون الملكية مفرزة موانما يصح أن تكون شائعة . ورهن العقار المملوك على الشيوع قد يصدر من كل الشركاء وقد يصدر من أحدهم .

أ ـ الرهن الصادر من جميع الشركاء : اذا صدر الرهن من جميع الملاك لعقار شائع ، وقع الرهن صحيحا أيا كانت نتيجة القسمة .

فاذا اختص كل شريك بحصة مفرزة تحملت الحصص جميعها بالرهن ، واذا وقع العقار كله في نصيب واحد منهم فقط أو في نصيب بعضهم دون الآخرين ، ظل الرهن نافذا أيضا . ذلك أنه حينما قام الشركاء جميعا برهن العقار ، كان لكل منهم ملكية شائعة على العقار كله . ولهذا يظل تصرفهم صحيحا نظرا لصدوره ممن كانت له ولاية التصرف وقت اجرائه . ويظل الأمر هكذا حتى ولو آل العقار الى نصيب واحد منهم أو بعضهم ، ولا يقال أن هذا يتنافى مع العدالة ، لان من وقع العقار في نصيبه قد رضي بالرهن ، وكان عليه أن يتوقع هذه النتيجة سلفا .

واذا كان الرهن الصادر من جميع الشركاء على الشيوع يبقى نافذا على هذا النحو ، أيا كانت النتيجة التي تترتب على قسمة العقار ، فانه يبقى نافذا كذلك في حالة بيع العقار لعدم امكان قسمته (أنظر المادة ١٠٣٩ / ١) . فاذا بيع العقار لعدم امكان قسمته ، ظل الرهن نافذا في مواجهة من آلت اليه الملكية . ولا تثار في هذا الصدد صعوبة ما ، لاننا نكون بصدد تصرف صادر من جميع الشركاء ترتب عليه نقل الملكية فيكون للدائن المرتهن أن يتتبع العقار في يد من انتقلت اليه الملكية .

ب ـ الرهن الصادر من أحد الشركاء : قد يصدر الرهن من أحد الشركاء ، كما قد يصدر من بعضهم فقط بحيث لا يصلون الى الأغلبية التي نص عليها في المادة ٨٣٢ والتي يكون لها التصرف في المال الشائع متى توافرت الشروط التي نص عليها القانون . فما هو

لا شك فى أن التصرف فى مثل هذه الحالة يصدر عن مالك، ولكن لما كانت الملكية غير مفرزة للمتصرف،بل شائعة فان حق المتصرف يتقيد بحقوق الشركاء الباقين . ويفرق فى الصدد بين ما اذا كان الرهن واردا على العقار الشائع كله، وبين ما اذا كان واردا على الحصة الشائعة للشريك، أو ما اذا كان واردا على حصة مفرزة . وقد تعرض القانون لحكم الحالتين الأخيرتين دون الحالة الأولى .

(١) اذا ورد الرهن من أحد الشركاء على العقار كله ، فان هذا الرهن لاينفذ فى مواجهة باقى الشركاء الا فى حدود حصة الراهن المملوكة على الشيوع ،ويتوقف الأمر على نتيجة القسمة ،فاذا جاء العقار كله فى نصيبه استقر الرهن ورتب آثاره . واذا وقع فى نصيبه جزء من العقار فقط استقر الرهن على هذا الجزء وما زاد على ذلك لا يسرى فى مواجهة باقى الشركاء ،اذ لا يصح الاحتجاج عليهم بالتصرفات التى أجراها أحدهم حال قيام الشيوع.

(٢) اذا ورد الرهن على حصة شائعة ،فى هذه الحالة يكون للشريك الحق فى رهن حصته شائعة، لانه مالك لها ملكا تاما ، وله أن يتصرف فيها (مادة ٨٢٦) .ويقع الرهن صحيحا دون توقف على رضا الآخرين .فاذا تمت القسمة وآل الى الراهن نصيبه فى العقار المرهون ما استقر الرهن نهائيا على نصيب مفرزة .لكن ما الحكم اذا لم يقع فى نصيب الراهن أى جزء من العقار الذى رهنت فيه حصة شائعة ـ كما اذا كان المملوك على الشيوع منزلا وقطعة أرض ،ورهن أحد الشركاء نصيبه على الشيوع فى المنزل فقط وعند القسمة آلت اليه حصته فى الأرض دون المنزل ـ فى هذه الحالة يقضى القانون بأنه اذا وقع فى نصيب الشريك الراهن عند القسمة أعيان غير التى رهنها ،انتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الأصل ،ويعين هذا القدر بأمر على عريضة .

ويوجب القانون فى هذه الحالة على الدائن المرتهن أن يقوم باجراء قيد جديد

للرهن ، يهمن فيه القدر الذى انتقل اليه ، وذلك خلال تسعين يوما من الوقت الذى يخطره فيه أى ذى شأن بتسجيل القسمة . فاذا لم يقم الدائن المرتهن باجراء هذا القيد خلال تلك المدة فقد الرهن مرتبته القديمة . أما اذا قام به خلالها ، فانه يحتفظ بمرتبته القديمة ، ومع مراعاة ألا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين .

فانتقال الرهن اذن الى عقار غير العقار الذى تقرر عليه أصلا لا يضر بالدائن الذى اكتسب حقه من الشركاء جميعا ، حتى ولو قام الدائن المرتهن من أحد الشركاء فقط بقيد الرهن فى الموعد الذى حدده القانون ، وعلى ذلك لو رهن أحد الشركاء حصته على الشيوع وقيد الرهن ، على عين معينة من المال الشائع ثم رهن الشركاء جميعا عينا ثانية من هذا المال ، وقيد الرهن الجديد على هذه العين الثانية ، وعند القسمة آلت العين الثانية الى الشريك الذى رهن أولا ، فانه يكون على الدائن المرتهن أن يقيد رهنه على هذه العين الثانية ، خلال المدة التى نص عليها القانون ، ولكن قيده فى هذه الحالة لا ينبغى أن يضر بالدائن المرتهن من الشركاء جميعا اذ يفضل هذا الاخير عند التزاحم .

وانتقال الرهن الى عقار غير العقار الذى تقرر عليه أصلا لا يضر كذلك بامتياز المتقاسمين ، اذ يفضل هذا الامتياز على حق الدائن المرتهن الذى انتقل حقه الى العقار الذى وقع عليه الامتياز ، وسنعود الى ذلك فيما بعد .

(٣) رهن الحصة المفرزة : قد يقوم الشريك على الشيوع برهن حصته مفرزة ، وفى هذه الحالة اذا كان الدائن المرتهن يعلم أن من رهن له يملك على الشيوع فلا يكون له أن يطلب ابطال الرهن (أنظر المادة ٨٢٦) . ومع ذلك فان صحة الرهن فى هذه الحالة لا تعنى نفاذه فى حق باقى الشركاء . انما يتحدد مصيره بنتيجة القسمة .

فاذا وقع الجزء المفرز فى نصيب الشريك الراهن تأكد الرهن . أما اذا وقع هذا

الجزء في حصة غير الراهن فان القانون يقضي ببقاء الرهن مع انتقاله الى النصيب الذى آل الى الراهن ، والرهن في هذه الحالة ينتقل بمرتبته القديمة ، مع اتباع الاجراءات التي بيناها في حالة رهن الحصة شائعة ، ومع مراعاة عدم الاضرار بحقوق الدائن المرتهن من جميع الشركاء وباشتياز المتقاسمين كما بينا .

المطلب الثالث ـ الالتزام المضمون

١١٨ ـ ضرورة وجوده وتعيينه :

لكي ينعقد الرهن صحيحا ، يجب أن يستند الى التزام صحيح ، اذ الرهن حق عيني تبعي ، لا يوجد مستقلا بل يوجد مستندا الى الالتزام المضمون . ولهذا يجب أن يوجد الالتزام المضمون وأن يكون معينا في عقد الرهن نفسه .

١١٩ ـ وجود الالتزام المضمون :

لكي يقوم الرهن يجب أن يستند الى التزام صحيح . فاذا لم يوجد هذا الالتزام أو كان باطلا ، أو وجد صحيحا ثم انقضى لأى سبب من الأسباب ، فان الرهن يأخذ مصيره فلا يوجد أصلا ، أو يقع باطلا ، أو يوجد صحيحا ثم ينقضي ، فالرهن اذن يرتبط بالالتزام المضمون ويتبعه في وجوده وصحته وانقضائه ، وتنص المادة ١٠٤٢ / ١ على ذلك بقولها " لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك " .

وارتباط الرهن بالدين المضمون يسرى ، سواء كان الراهن هو المدين أو الكفيل العيني ، ولهذا يكون للمدين أن يتمسك بأى دفع من الدفوع المتصلة بالالتزام المرهون ، وللكفيل العيني كذلك أن يتمسك بكل الدفوع الخاصة بالالتزام المضمون ذاته من حيث وجوده وصحته وانقضائه ، وله التمسك بهذه الدفوع حتى ولو نزل المدين عن التمسك بها ، هذا فضلا عما للكفيل من التمسك بالدفوع الخاصة به هو ، الناتجة عن عقد الرهن . وقد نصت المادة ١٠٤٢ / ٢ على هذا بقولها : " اذا كان الراهن

غير المدين كان له ، الى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به ، أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين . ويبقى له هذا الحق ولو نزل عنه المدين" . واذا كان المشرع لم ينص على حرمان الكفيل العيني من التمسك بنقص أهلية المدين لابطال العقد المنشئ للالتزام المضمون متى كان عالما بهذا النقص وقت التعاقد ، فانه لايوجد ما يمنع من تطبيق هذا الحكم دون تفرقة بين الكفيل العيني والكفيل الشخصي (أنظر المادة ٢/٧٨٢) . كما أنه اذا قدم الرهن من الكفيل العيني لضمان التزام ناقص الأهلية بسبب هذا النقص ، فان التزام الكفيل يظل قائما ولو أبطل الالتزام المضمون بناء على طلب المدين (أنظر المادة ٧٧٦) .

واذا ما وجد الالتزام المضمون صحيحا ، فلا يهم موضوع هذا الالتزام أو مصدره أو أوصافه . فقد يكون مبلغا من النقود ، وهذا هو الوضع الغالب . وقد يكون التزاما بعمل أو بامتناع عن عمل ، وفي هذه الحالة يقوم الرهن لضمان الوفاء بمبلغ التعويض اذا أخل المدين بالتزامه . كما قد يكون مصدر هذا الالتزام هو العقد أو العمل النافع أو الضار أو نص القانون . وقد يكون هذا الالتزام معلقا على شرط سواء كان الشرط واقفا أم فاسخا ، وفي هذه الحالة يتوقف مصير الرهن على مصير الالتزام المضمون . كما يصح الرهن كذلك ضمانا لدين مستقبل أو دين احتمالي مع مراعاة تحديد مبلغ الدين المضمون أو على الأقل تحديد الحد الاقصى له (أنظر المادة ١٠٤٠) .

على أنه اذا كان من اللازم وجود الالتزام المضمون على النحو السابق ، فهل يجوز انشاء الرهن ضمانا للوفاء بالتزام طبيعي ؟ انقسم الرأي في هذا الصدد . فذهب البعض الى امكان ذلك نظرا لأن الدين الطبيعي له وجود كاف يجعله صالحا لتقرير الرهن ضمانا له . وذهب آخرون الى عدم امكان ذلك ، لأن الدائن الذى ليس له دعوى شخصية لاكراه مدينه على الوفاء لا يمكن تخويله دعوى عينية (دعوى الرهن) تمكنه من ذلك .

الا أنه ينبغي أن يفرق في هذا الصدد بين ما اذا قدم الرهن من المدين وما

اذا قدم من الكفيل العيني ، فاذا قدم الدين بالتزام طبيعي الرهن ، فانه يمكن تفسير عمله على أنه يرغب في الوفاء بالالتزام الطبيعي ، فينشأ عن هذا التزام مدني سببه الالتزام الطبيعي ، وفي هذه الحالة يقوم الرهن لضمان الوفاء به . أما اذا قدم الرهن من الكفيل العيني ، فان الرهن لم يصح الا اذا أمكن اعتبار الراهن ملتزما التزاما أصليا . ذلك كما في حالة تقرير الرهن ضمانا لالتزام شخص ناقص الأهلية وبسبب هذا النقص ، اذ يعتبر الكفيل في هذه الحالة متعهدا عن الغير بعدم تمسك المدين بنقص أهليته ، واذا لم ينجح في حمله على عدم التمسك بنقص أهليته صار ملتزما التزاما أصليا يقوم الرهن ضمانا للوفاء به . وفي هذه الحالة يكون الرهن مقدما من مدين بالدين المضمون .

١٢٠ ـ <u>تعيين الالتزام المضمون :</u>

يجب أن يعين الالتزام المضمون من حيث قدره ومصدره . ولتعيين الالتزام المضمون من حيث قدرة أهميته بالنسبة للغير الذين يهمهم معرفة الدين المضمون ومقداره حتى يعرف مدى ما يمكن أن يعطيه العقار من ائتمان . ولهذا ينبغي أن يعين قدر الدين في عقد الرهن ويستفاد هذا الحكم من المادة ١٠٤٠ التي تستلزم في رهن الديون الاحتمالية والمستقبلة تحديد مبلغ الدين المضمون ، أو على الأقل تحديد الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين . واذا كان هذا الحكم قد ورد بشأن الديون الاحتمالية والمستقبلة ، فانه يسري أيضا ـ ومن باب أولى ـ على الديون المحققة الوجود اذ يجب تعيينها تعيينا كافيا ، وهذا التعيين هو ما يقتضيه مبدأ تخصيص الرهن بالنسبة الى الالتزام المضمون .

واذا كان المشرع في المادة ١٠٤٠ يجيز أن يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي ، فانه قد نص بعد ذلك على جواز أن يترتب الرهن " ضمانا لاعتماد مفتوح ، أو لفتح حساب جار ، على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي اليه هذا الدين " . والواقع أن ضمان

الاعماد المفتوح وضمان فتح حساب جار ليس الا صورة لضمان الدين المستقبل والدين الاحتمالى ، واذا كان المشرع يجوز تقرير الرهن للوفاء بهذه الديون فانه يشترط أن يتحدد فى عقد الرهن مبلغ الدين المضمون ، أو أن يتحدد الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين ، ويهدف المشرع من وراء ذلك الى تيسير الائتمان الذى يمكن أن يحتاج اليه المدين مع احترام مبدأ تخصيص الرهن بالنسبة الى الالتزام المضمون .

واذا ما تحدد مقدار الالتزام المضمون على هذا النحو ينشأ الرهن وتحتسب مرتبته من تاريخ قيده حتى ولو تم هذا القيد قبل تاريخ نشوء الالتزام المضمون (أنظر المادة ١٠٥٢) ، ويراعى فى هذا الصدد أنه اذا حددت مدة لنشأة الدين المستقبل أو الاحتمالى ، فلا يضمن الرهن الا ما ينشأ خلال هذه المدة فى حدود المبلغ المتفق عليه . أما اذا لم تحدد مدة لنشأة هذا الدين ، يبقى الرهن لضمان ما ينشأ فى حدود المبلغ المتفق عليه دون تقيد بمدة معينة .

ولا يكفى تعيين الدين المضمون من حيث مقداره ، وانما يلزم تعيينه كذلك من حيث مصدره تعيينا كافيا ، وخاصة اذا كان الرهن قد تقرر بعقد مستقل . أما اذا تقرر الرهن وقت نشأة الالتزام المضمون ، فان هذا يقتضى بالضرورة تعيين مصدره ، ولتعيين الالتزام المضمون من حيث مصدره أهميته ، لكى تتحدد ذاتيته ويتاح لكل ذى مصلحة معرفة ما يطرأ على هذا الدين ويؤثر فى الرهن نفسه ، كما اذا كان هذا الدين باطلا مثلا أو كان قد انقضى . وقد نص قانون تنظيم الشهر العقارى على وجوب ذكر مصدر الدين ضمن البيانات الواجب ذكرها فى قائمة القيد .

المبحث الثانى : الشروط الشكلية

١٢١ ـ تمهيد :

رأينا أنه لا يكفى لقيام الرهن توافر الشروط الموضوعية طبقا للقواعد العامة ، لأن العقد المنشىء له ليس من العقود الرضائية ، ولكن لا بد من أن يفرغ فى الشكل الرسمى

كما يتعين أن يشتمل على بيانات معينة سواء بالنسبة للعقار المرهون أم بالنسبة للدين المضمون ، وهذا ما يعرف بتخصيص الرهن . ونعرض فيما يلى للرسمية ثم لمبدأ تخصيص الرهن .

المطلب الأول : الرسمية

١٢١ ـ تحديد المقصود بها ـ تقسيم الموضوع :

لكى ينعقد الرهن يلزم أن يكون بورقة رسمية ، اذ تنص المادة ١٠٣١/١ على أنه : " لا ينعقد الرهن الا اذا كان بورقة رسمية " . ويتم تحرير هذه الورقة أمام موظف مختص بمكاتب التوثيق ، فلا يكفى لانعقاد الرهن أية ورقة رسمية أخرى حتى ولو قام بها موظف عام طالما أنه ليس مختصا بتحرير العقود . وعلى هذا لا يكفى لقيام الرهن أن ينعقد بحكم أو فى محضر صلح ، لأن من يقوم بتحريرها ليس مختصا بتحرير العقود . وعلى هذا لا يكفى لقيام الرهن أن ينعقد بحكم أو فى محضر صلح ، لأن من يقوم بتحريرها ليس مختصا بتحرير العقود . والرسمية التى يتطلبها القانون لانعقاد الرهن لازمة بصرف النظر عن الالتزام المضمون ، فقد يرد فى ورقة رسمية أو فى ورقة عرفية .

ونعرض فيما يلى لحكمة استلزام الرسمية فى عقد الرهن . وما اذا كان يلزم أن يصاغ رضا طرفى العقد فى الشكل الرسمى ، وما هو الجزاء على تخلف الرسمية ، والرسمية فى حالة التوكيل فى الرهن والوعد به .

١٢٢ ـ (١) الحكمة من استلزام الرسمية :

جرى الفقه على القول بأنه لما كان عقد الرهن من العقود الخطرة بالنسبة للراهن فانه ينبغى أن يتم فى الشكل الرسمى ، حتى يشعر بخطورة العمل الذى هو قادم عليه ، فيتبصر بعواقبه ولا يتسرع فى ابرامه . ورغم ما وجهه البعض من نقد الى استلزام الرسمية فى هذا الصدد ، الا أننا نعتقد أن لها أهميتها مع ذلك من حيث حماية الراهن وخاصة اذا علمنا أن فى الابقاء على ملكيته للعقار وحيازته له ما قد يؤدى الى

عدم ادراك خطورة العقد ، فيبرمه دون تروء خصوصا وانه كثيرا ما يقدر أنه سيفى بالدين ، ثم يخيب تقديره فلا يتمكن من ذلك .هذا فضلا عن أن القانون يستلزم أن يذكر فى عقد الرهن بيانات خاصة بالعقار المرهون والدين المضمون ، وفى الرسمية نوع من الاشراف والرقابة مما يؤدى الى التقليل من الحالات التى يتعرض فيها العقد للبطلان .

١٢٤ـ (٢) هل يلزم أن يصاغ رضا طرفى العقد فى الشكل الرسمى ؟

لا شك أنه اذا كان الراهن والمرتهن مجتمعين أثبت رضاهما فى العقد الرسمى وانتهى الأمر .لكن ما الحكم اذا كانا متفرقين لا يجمعهما مجلس واحد ، هل يلزم أن يفرغ رضا كل منهما فى الشكل الرسمى ؟ اذا كانت الحكمة من الرهن هى حماية الراهن فمما لا شك فيه أنه يرد رضاه فى الشكل الرسمى . وهذا ما يتفق عليه الفقه . أما بالنسبة لافراغ رضا الدائن المرتهن فى الشكل الرسمى ، فقد ثار الخلاف ، ويتجه الرأى السائد الى أن الرسمية لا تستلزم بالنسبة للمرتهن ، ويصح أن ينعقد الرهن حتى ولو جاء رضاه فى ورقة عرفية ، أو حتى بابداء قبوله للرهن ضمنا من مجرد تقدمه طالبا اجراء القيد .

ومع ذلك فاننا نعتقد مع الاتجاه الآخر فى الفقه أن الرسمية فى الرهن واجبة ليس فقط بالنسبة لرضا الراهن ، بل وأيضا بالنسبة للمرتهن ، ذلك أن المشرع ينص على وجوب انعقاد الرهن فى ورقة رسمية ، وانعقاد الرهن لا يتم الا بايجاب وقبول مما يؤدى الى القول بضرورة افراغ رضا طرفى العقد فى الشكل الرسمى .هذا فضلا عن أنه لما كان تطلب الرسمية هنا ينبغى الصلة بمبدأ تخصيص الرهن ، فانه يجب أن يتم رضا الراهن والمرتهن معا فى ورقة رسمية تتضمن البيانات اللازمة بشأن العقار المضمون والالتزام المضمون ، حتى يكتسب هذا الرضا الحجية التى تكفل تفادى ما قد يثور من منازعات احتمالية .ثم اننا نعتقد أخيرا أنه اذا كان القانون يقضى بأن الرهن لا ينعقد

الا بورقة رسمية ، فانه لاينبغي أن نخصص هذا ونقصره على رضا الراهن وحده دون قبول المرتهن .

١٢٥ ـ (٣) الجزاء على تخلف الرسمية :

لا جدال في أن الرسمية ركن في العقد لا يقوم بدونها ، فاذا تخلفت كان العقد باطلا بطلانا مطلقا ، لا يترتب عليه أي أثر باعتباره عقد رهن . لكن هل ينعدم من كل قيمته ؟

انقسم الرأي في هذا الصدد ، الا أننا اذا كنا لا نشك في أن الرهن الذي تخلفت فيه الرسمية لا يترتب عليه أي أثر باعتباره منشئا لحق الرهن ، اذ الرسمية ركن فيه بلا يقوم بدونها ، فان ذلك لايمنع من أن تترتب على العقد في هذه الحالة ، متى توافرت فيه الشروط الاخرى ، آثار معينة أعمالا لمبدأ سلطان الارادة ، يلتزم الراهن بمقتضاها التزاما شخصيا بتقديم تأمين عيني ، فاذا لم يقم بالوفاء بالتزامه لا يمكن ترتيب هذا التأمين جبرا ، وانما يجوز للدائن أن يطالب بالتعويض عن الضرر الذي يحصل من جراء عدم الوفاء به ، أو أن يطالب فورا بالدين الذين أريد قيام الرهن ضمانا للوفاء به ، لسقوط الأجل بسبب عدم تقديم الراهن ما وعد به من تأمينات ، واذا كان هذا الحكم يطبق بالنسبة لحالة الوعد بالرهن ـ كما سنرى ـ فان تطبيقه في شأن عقد الرهن يكون من باب أولى .

١٢٦ ـ (٤) التوكيل في الرهن :

لما كان القانون يستلزم لانعقاد الرهن أن يتم بورقة رسمية ، فان التوكيل به ينبغي أن يكون رسميا كذلك ، فاذا أناب المدين وكيلا عنه في الرهن ، تعين أن تكون هذه الوكالة في ورقة رسمية ، ولما كان الرهن من أعمال التصرف ، فان الوكالة العامة لا تكفي ، بل لا بد من أن تكون الوكالة به خاصة . والوكالة الخاصة في هذه الحالة

تصح ، حتى ولو لم يعين محل الرهن على سبيل التحديد ، ذلك أن هذا التعيين يرد فى عقد الرهن نفسه الذى يتم بين الوكيل والدائن المرتهن اصالا لمبدأ تخصيص الرهن (أنظر فى هذا الصدد المادتين ٧٠٠ و ٧٠٢ مدنى) .

هذا ويراعى أنه اذا كان القانون يستلزم أن يتوافر فى الوكالة الشكل الرسمى فى هذه الحالة ، فان الرسمية هنا لا تغنى عن الرسمية فى عقد الرهن نفسه الذى يبرمه الوكيل مع الطرف الآخر ولحساب الأصيل .

١٢٧ ــ (٥) الوعد بالرهن :

اذا كانت الرسمية لازمة لتمام عقد الرهن ، فان هذا الشكل الذى يتطلبه القانون يجب كذلك بالنسبة الى الاتفاق الذى يتضمن الوعد بابرام هذا العقد (أنظر م ٢/١٠١ مدنى) .وتقول المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى فى هذا الصدد ان اغفال هذا الاحتياط يعين على الافلات من قيود الشكل الذى يفرضه القانون ، ما دام أن الوعد قد يؤدى الى اتمام التعاقد المراد عقده ، فيما اذا حكم القضاء بذلك ، ويكفى لبلوغ هذه الغاية أن يعدل المتعاقدان عن ابرام العقد الذى يرغب فى الافلات من القيود الخاصة بشكله ، ويعمد الى عقد اتفاق تمهيدى أو وعد باتمام هذا العقد لا يستوفى فيه الشكل المفروض ، ثم يستصدران حكما يقرر اتمام التعاقد بينهما ، وبذلك يتاح لهما أن يصلا من طريق غير مباشر الى عدم مراعاة القيود المتقدم ذكرها (مجموعة الاعمال التحضيرية جـ ٢ ص ٧٤) .

ولما كان القانون يستلزم أن تعين جميع المسائل الجوهرية للعقد المراد ابرامه والمدة التى يجب ابرامه فيها ، فانه يجب أن يعين كذلك وأن يتضمن عقد الوعد البيانات التى يتخصص بها الرهن ، سواء من حيث العقار المرهون أم من حيث الدين المضمون .

اذا ما توافرت الشروط التى يتطلبها القانون لاتمام الوعد بالرهن التزم الواعد بابرام عقد الرهن ، فاذا نكل وقاضاه الدائن طالبا تنفيذ الوعد قام حكم القاضى مقام

حاز قوة الأمر المقضى به، مقام العقد (أنظر م ١٠٢) .

أما اذا لم يتم الوعد فى الورقة الرسمية، أو اذا لم يشتمل على البيانات التى يتخصص بها الرهن، فانه لا يمكن الزام الواعد بابرام الرهن، ولا يجوز الالتجاء الى القضاء لاستصدار حكم يقوم مقام الرهن، لأن ذلك قد يؤدى الى امكان التهرب من رسمية عقد الرهن . لكن اذا لم يستوف الوعد بالرهن الشكل الرسمى المطلوب فهل يكون خلوا من كل أثر قانونى ؟ أوردت المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد أن الوعد بابرام عقد رسمى "لا يكون خلوا من أى أثر قانونى اذا لم يستوف ركن الرسمية . فاذا صح أن مثل هذا الوعد لا يؤدى الى اتمام التعاقد المقصود فعلا، فهو بذاته تعاقد كامل يرتب التزامات شخصية طبقا لمبدأ سلطان الارادة . وهو بهذه المثابة قد ينتهى عند المطالبة بالتنفيذ الى اتمام عقد الرهن، أو على الأقل الى قيام دعوى بالتعويض بل والى سقوط أجل القرض الذى يراد ترتيب الرهن لضمان الوفاء به .

المطلب الثانى : تخصيص الرهن

١٢٨ ـ التعريف به والغاية منه :

لا يكفى أن يتم عقد الرهن أمام موظف رسمى مختص حتى يقوم الرهن، بل لا بد أن يتضمن العقد بيانات معينة، غير البيانات العامة التى ترد فى العقود . فيجب أن يتضمن بيانا للعقار المرهون والدين المضمون . وهذا ما يعرف بتخصيص الرهن . ويقصد من هذا التخصيص حماية الراهن، حتى يكون على بينة من العقارات التى يرهنها، فلا يرهن منها الا ما يكفى لضمان الدين، كما تكون لديه الفرصة التى تمكنه من أن يفيد من القيمة الائتمانية للعقار . ومن ناحية أخرى فان التخصيص يحمى الدائنين اذ يمكنهم من معرفة العقارات المرهونة والديون المضمونة فيتعاملون مع الراهن على بينة من الامر ولا يتزاحمون على عقارات مرهونة قد تكون قيمتها مستغرقة بالديون .

١٢٩ ـ كيف يحصل التخصيص

هذا التخصيص اما أن يرد في عقد الرهن ذاته ،وهذا هو الوضع العادى ،واما أن يتم في محرر لاحق ، وفي هذه الحالة الاخيرة يلزم أن يكون في محرر رسمى ،وسواء ورد التخصيص في العقد ذاته أو في محرر لاحق ، فان الرهن لا يقوم صحيحا الا من الوقت الذى يتم فيه التخصيص . وهذا الحكم يسرى سواء بالنسبة للعقار المرهون أم بالنسبة للدين المضمون .

١٣٠ ـ تخصيص العقار المرهون : يوجب القانون أن يكون العقار معينا بالذات ، تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه ، بحيث يستدل عليه بطريقة كافية لاتقبل الشك . فاذا لم يكن العقار محددا تحديدا كافيا لايتحقق التخصيص،وبالتالى يقع الرهن باطلا .وتقدير كفاية هذا التحديد يترك للقضاء ،فهو الذى يقرر ما اذا كان كافيا أم غير كاف .وفي هذه الحالة الأخيرة يحكم بالبطلان . وقد سبق لنا التعرض لهذا الموضوع عند كلامنا عن العقار المرهون .

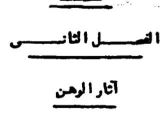
١٣١ ـ تخصيص الالتزام المضمون : ومن ناحية أخرى يجب أن يحدد الدين المضمون في عقد الرهن تحديدا دقيقا سواء من حيث مصدره أو من حيث مقداره وما اذا كان منتجا لفائدة وسعر هذه الفائدة وتاريخ سريانها ... الى غير ذلك .واذا كان دينا مستقبلا أو دينا احتماليا ،فانه يجب أن يعين الحد الأقصى الذى ينتهى اليه الدين . وهذا هو الواجب أيضا في الحالات الاخرى التى لايكون فيها الدين المضمون محددا منذ البداية ،كما اذا كان محل الالتزام المضمون عملا او امتناعا عن عمل أو تعويضا لم يتحدد مقداره بعد ، اذ يجب في جميع هذه الحالات ذكر الحد الأقصى الذى يضمنه الرهن .وقد سبق لنا التعرض لهذا الموضوع كذلك عند كلامنا عن الالتزام المضمون .

١٣٢ ـ أثر عدم تخصيص الرهن : اذا تم العقد امام موظف رسمى مختص واشتمل على البيانات الخاصة بالعقار المرهون والالتزام المضمون ، على النحو السابق ، قام الرهن

صحيحا ،متى توافرت الشروط الاخرى . فاذا تخلف تخصيص الرهن سواء من حيث العقار المضمون أو الدين المضمون ،فلا يقوم الرهن ، بل يقع باطلا ، واذا ما جاء هذا التخصيص فى عقد رسمى لاحق فان الرهن لاينعقد الا من الوقت الذى يتم فيه التخصيص .

ويثور التساؤل فى حالة ،ما اذا لم يخصص العقار المرهون أو الدين المضمون ووقع الرهن باطلا ،هل يخلو هذا العمل من أى أثر قانونى ؟ لا شك أولا أن شكل هذا العمل لا يعد وعدا بالرهن ،لانه يلزم فى عقد الوعد بالرهن الرسمى أن يتضمن الامور الجوهرية فى عقد الرهن ، ومن الامور الجوهرية بيان العقار المرهون والدين المضمون ،فضلا عن أن تخصيص الرهن يعد اجراء شكليا ، ومن اللازم أن يأتى الوعد فى الشكل الذى يتطلبه القانون لابرام التصرف الموعود به .

ومع ذلك فان الرهن الذى ينقصه التخصيص يمكن أن يعتبر عقدا صحيحا يرتب فى ذمة الراهن التزاما بعمل هو تقديم تأمين عينى للمرتهن ، فاذا لم يقم الراهن بتقديم هذا التأمين ،وهو الرهن ،فى الشكل المطلوب من حيث الرسمية والتخصيص ، اعتبر مخلا بالتزام بعمل التزم به ،وألزم بالتعويض ، هذا فضلا عن سقوط أجل الالتزام المراد ضمان الوفاء به .



الفصل الثانى

آثار الرهن

١٣٣ ـ تقسيم الدراسة :

ينعقد الرهن بين الراهن والدائن المرتهن ،فاذا ما تم صحيحا ترتبت عليه آثاره بين طرفيه ونشأ للمرتهن حق عينى تبعى على العقار المرهون ، كما تترتب عليه

كذلك آثاره بالنسبة للغير متى تم شهره عن طريق قيده ، ونعرض فيما يلي لأثر الرهن فيما بين المتعاقدين ثم لأثره بالنسبة للغير .

المبحث الأول : أثر الرهن فيما بين المتعاقدين

١٣٤ ـ تقييد سلطات الراهن بحقوق المرتهن :

لا يترتب على قيام الرهن صحيحا ونشوء حق عيني للدائن المرتهن على العقار المرهون أن يتجرد الراهن من ملكيته لهذا العقار ، بل تظل له الملكية ،كما تظل له كذلك السلطات التي تخولها الملكية فيكون له استعمال العقار المرهون واستغلاله والتصرف فيه . ولكن بقاء هذه السلطات التي تخولها الملكية في يد الراهن يكون مقيدا بما يخوله حق الرهن على العقار من سلطات للدائن المرتهن . فسلطات الراهن اذن مقيدة بحقوق الدائن المرتهن . ولما كان الغرض من الرهن تقديم تأمين للوفاء بالالتزام المضمون ، فان الراهن اذا ما قدم الرهن يلتزم بالامتناع عن القيام بأي عمل مادي أو قانوني يكون من شأنه اضعاف هذا التأمين ،ويقع عليه التزام بضمان سلامة الرهن حتى لا ينقص ضمان الدائن ويقوم الرهن بوظيفته . و سنعرض فيما يلي لأثر الرهن بالنسبة للراهن ، ثم لأثره بالنسبة للمرتهن .

المطلب الأول : أثر الرهن بالنسبة الى الراهن

١٣٥ ـ حقوق الراهن والتزاماته :

تظل ملكية العقار المرهون للراهن وبالتالي يثبت له ما تخوله الملكية من سلطات مع مراعاة عدم الاضرار بحق الدائن المرتهن ، كما قدمنا ، ومن جهة أخرى فان الراهن يلتزم ـ بعد قيام الرهن صحيحا ـ بعدم القيام بما يضر بسلامة العقار المرهون حتى لا ينتقص ضمان المرتهن . ونعرض فيما يلي لحقوق الراهن التي تثبت له على العقار المرهون ونبين مداها ، ثم نعرض لالتزاماته .وقد نص المشرع على هذا في المادة ١٠٤٣

وما بعدها .

الفرع الأول : حقوق الراهن

(ما يثبت له من سلطات)

١٣٦ — أولا — التصرف في العقار المرهون : للراهن أن يتصرف في العقار المرهون ، وهذا التصرف لا يؤثر في حق الدائن . وقد نصت على هذا المادة ١٠٤٣ بقولها " يجوز للراهن أن يتصرف في العقار المرهون . وأي تصرف يصدر منه لا يؤثر في حق الدائن المرتهن " . والتصرف في العقار المرهون اما أن يكون تصرفا ماديا أو تصرفا قانونيا . أما عن التصرف المادي ، فان للراهن القيام به طالما أن ذلك لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ، كما اذا كانت تصرفات تافهة يسيرة كتعديلات جزئية في المباني مثلا ، أو كما اذا كانت تصرفات مادية تزيد من قيمة العقار ، كتحسينات في العقار أو انشاءات تلحق به أو غراس أو غير ذلك مما يزيد في قيمة العقار . في مثل هذه الحالات اذا كان من شأن التصرفات المادية في العقار أن تزيد في قيمته أو كانت هذه التصرفات تافهة ، فلا وجه لاعتراض الدائن عليها ، أما اذا كان من شأنها أن تنقص من قيمة العقار انقاصا كبيرا ، فانه يترتب عليها اخلال الراهن بالتزامه بضمان سلامة الرهن ، ويكون للدائن أن يعترض على هذا كما سنرى فيما يلي .

أما بالنسبة للتصرفات القانونية ، وهي ما يبدو أن النص يتجه اليها ، فان للراهن أن يقوم بها ، مع مراعاة أن تصرف الراهن لا يؤثر في حق الدائن المرتهن ما دام الرهن قد قيد قبل التصرف الى أن ينتقل الحق الى الغير المتصرف اليه — مثقلا بالرهن الذي يسرى في مواجهته وعلى هذا فان للراهن — كما جاء في المذكرة الايضاحية (حـ٧ ص٢٩) — أن يبيع العقار أو يقايض عليه أو يهبه . ولكن الملكية تنتقل مثقلة بالرهن ، ما دام الرهن قد قيد قبل تسجيل البيع أو المقايضة أو الهبة . كذلك يستطيع الراهن أن

يقرر على العقار حقا عينيا أصليا كحق انتفاع أو حق ارتفاق ، ولكن هذه الحقوق لا تنفذ قبل الدائن المرتهن . ويكون لهذا الأخير أن ينفذ على العقار خاليا من هذه الحقوق . ويستطيع الراهن أخيرا أن يرتب على العقار المرهون حق رهن آخر ، رسميا كان أو حيازيا ، كما يستطيع دائن له أن يأخذ على العقار حق اختصاص ، بل يجوز أن يترتب على العقار حق امتياز ، كما لو دخل في إعيان قسمت وترتب عليها امتياز المتقاسم .

ومن الواضح أن للراهن أن يتصرف في العقار المرهون فينقل ملكيته الى الغير كما أن له أن يرتب عليه حقا عينيا أصليا أو تبعيا ، مع مراعاة أن حق الرهن الأول يتقدم على كل الحقوق الاخرى .

وحرية الراهن في أن يتصرف في العقار المرهون من النظام العام ، فلا يجوز أن يقيدها اتفاق مع الدائن المرتهن . ويقع باطلا تعهد الراهن للدائن المرتهن بالا يتصرف في العقار المرهون (المذكرة الايضاحية) .

وفي صدد الكلام عن حق الراهن في التصرف في العقار المرهون أثير الكلام حول ما اذا كان يستطيع أن يتصرف فيه بالبيع مجزءا الى أشخاص متعددين . ولعل ما أثار الشك حول هذا الموضوع هو أن البيع الى أشخاص متعددين يترتب عليه احتمال قيام الدائن بتوجيه اجراءات التنفيذ الى كل هؤلاء الأشخاص، واحتمال استيفاء حقه مجزءا نتيجة لالتجاء كل منهم الى تطهير نصيبه . ولهذا رأى البعض أن تصرف الراهن على هذا النحو يضعف تأمينه ويكون للمرتهن المطالبة بدينه فورا . ومع ذلك فانه ينبغي أن نراعي في هذا الصدد أن القانون اذا كان يخول للراهن الحق في التصرف في العقار ، فلا يصح أن نوقع عليه العقاب بسقوط الأجل ، لأنه يستعمل حقا خوله القانون اياه ، وما دام أن تصرفه لن يؤثر في حق الدائن .

١٣٧ـ ثانيا ـ الاستعمال والاستغلال : لمالك العقار أن يستعمله وأن يستغله بمقتضى

المادة ١٠٤٤ على أن " للراهن الحق في ادارة العقار المرهون وفي قبض ثماره الى وقت التحاقها بالعقار" . فللراهن أن يستعمل العقار سواء بنفسه أم بواسطة غيره ، وله قبض الثمار الى حين التحاقها بالعقار ، وقد رأينا انها تلحق بالعقار وتوزع كما يوزع ثمن العقار من وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك متى كان العقار في يد الراهن .

وينص قانون المرافعات في هذا الصدد على أنه اذا لم يكن العقار مؤجرا " اعتبر المدين حارسا الى أن يتم البيع ، ما لم يحكم قاضي التنفيذ بعزله من الحراسة أو بتحديد سلطته ... " ، كما تنص على أن : " والمدين الساكن في العقار أن يبقى ساكنا فيه بدون أجرة الى أن يتم البيع .

واذا كان العقار مؤجرا ، اعتبرت الأجرة المستحقة عن المدة التالية لتسجيل التنبيه محجوزة تحت يد المستأجر ، وذلك بمجرد تكليفه من الحاجز أو أي دائن بيده سند تنفيذي بعدم دفعها للمدين " .

واذا وفى المستأجر الاجرة قبل هذا التكليف ، صح وفاؤه وسئل عنها المدين بوصفه حارسا " (المادة ٤٠٧ من قانون المرافعات) .

وفي حالة ايجار العقار يثور البحث عن مدى نفاذ الايجار ونفاذ المخالصة بالأجرة وحوالتها في حق الدائن المرتهن .

١ـ <u>نفاذ الايجار في حق الدائن المرتهن</u> : اذا كان للراهن أن يقبض الاجرة في المدة السابقة على تسجيل التنبيه ، فما الحكم بالنسبة لسريان الايجار عن المدة التالية لهذا التسجيل ونفاذه في حق الدائن (أنظر المادة ١٠٤٥) .

الاصل أن الايجار عن المدة التالية لتسجيل التنبيه لا يسري على الدائن المرتهن أو حتى على الدائن العادي الذي باشر اجراءات التنفيذ ، ولا يكون للراهن الحق في

قبض الايجار عن المدة التالية ،ومع ذلك فان القانون يورد استثناءين على هـــذا الاصل .

أ ـ اذا كان الايجار ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه يسرى على الدائنين المرتهن لمدة لاتتجاوز تسع سنوات من تاريخ تسجيل التنبيه ، واذا زادت المدة عن تسع سنوات انقصت الى تسع ، ما لم يكن عقد الايجار مسجلا قبل قيد الرهن ، ففى هذه الحالة يسرى لكل مدته .

ب ـ حالة ماذا كان من الممكن اعتبار الايجار من أعمال الادارة الحسنـــة ، ويكون كذلك اذا تم بأجرة المثل أو أكثر منها ، وللمدة المعتادة وهى المدة الـــتى يقدرها القضاء وفقا لما يجرى فى تأجير مثل العقار المرهون ، وفى هذه الحالة يسرى الايجار ولو لم يكن ثابت التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، أو اذا عقد حتى بعد تسجيل التنبيه ، ويشترط القانون المدنى فى هذه الحالة لنفاذ الايجار ألا تكون الأجرة قد عجلت كلها أو بعضها ، ومع ذلك فان قانون المرافعات يكتفى بالنص فى المـــادة ٤٠٨ على أنه فى حالة عقود الايجار غير ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، لا تنفذ فى حق الحاجزين والدائنين المشار اليهم فى المادة ٤١٧ (مرافعات) ومن حكـــم بايقاع البيع عليه ، الا اذا كانت من أعمال الادارة الحسنة ، والسائد هو العمل بحكم قانون المرافعات لانه لا حق على صدور القانون المدنى ، فلا يشترط لنفاذ الايجار عدم تعجيل الأجرة .

٢ ـ نفاذ المخالصة بالاجرة وحوالتها فى حق الدائن : لا عك فى أن للراهن الحق فى قبض الاجرة بنفسه أو حوالتها الى الغير وذلك عن المدة السابقة عـــلى تسجيل التنبيه . أما بعد هذا التاريخ فانه يحد من سلطة الراهن نظرا لالحـــاق الثمار بالعقار . ولهذا يثار الكلام عن مدى حكم المخالصة والحوالة مقدما عن المـــدة التالية لتسجيل التنبيه وتعرض المادة ١٠٤٦ لفرضين :

أ ـ اذا كانت المخالصة بالأجرة أو حوالتها عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ، ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه ، فانها تكون نافذة في حق الدائن المرتهن اذا كانت لاتزيد على ثلاث سنوات . فاذا زادت المدة عن ثلاث سنوات فلا تكون نافذة فيما زاد على ثلاث سنوات ، الا اذا كانت مسجلة قبل قيد الرهن ، اذ تسرى في هذه الحالة بجميع المدة (المادة ١٠٤٦ فقرة ١ و ٢) .

ب ـ اذا لم تكن المخالصة بالأجرة أو حوالتها عن المدة التالية لتسجيل التنبيه ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فان مفهوم نص المادة ١٠٤٦ / ١ مدنى يؤدى الى القول بعدم نفاذها فى حق الدائن المرتهن . ولكن المادة ٤٠٩ مرافعات جديد تنص صراحة على أنه اذا لم تكن المخالصات عن الأجرة والحوالة بها " ثابتة التاريخ قبل تسجيل التنبيه فلا يحتج بها عليهم الا لمدة سنة" . وهذا الحكم الوارد فى قانون المرافعات هو ما يجب العمل به .

الفرع الثانى : التزامات الراهن

١٣٨ ـ اعطاء حق الرهن والضمان :

ينشئ عقد الرهن التزامات على عاتق الراهن . فهو ينشئ على عاتقه التزاما باعطاء حق الرهن ، واذا ما نشأ الرهن كان الراهن ملتزما بالضمان .

١٣٩ ـ اولا ـ الالتزام باعطاء حق الرهن : يلتزم الراهن بموجب عقد الرهن باعطاء الدائن حق الرهن . ومتى كان مالكا للعقار المرهون نشأ حق الرهن . أما اذا لم يكن مالكا للعقار ، فلا يقوم الرهن صحيحا ، ما لم يقره المالك الحقيقى أو يتملك الراهن العقار . فاذا لم يحصل ذلك اعتبر انه قد أخل بالتزامه ، وجاز للدائن أن يطالبه بالتعويض ، كما يجوز له أن يطالبه بالدين فورا لسقوط الأجل بسبب عدم قيامه بتقديم ما وعد به من تأمين .

١٤٠ ـ ثانيا ـ الالتزام بضمان سلامة العقار المرهون :

ينصرف التزام الراهن بضمان سلامة العقار المرهون الى التزامه بضمان التعرض وضمان الاستحقاق فيلتزم شخصيا بالامتناع عن كل تعرض مادي أو قانوني ، كما يلتزم بدفع التعرض القانوني الصادر من الغير .

١٤١ ـ (١) ضمان التعرض الشخصي : يضمن الراهن كل تعرض يصدر منه سواء كان ماديا أم قانونيا . فلا يجوز له أن يقوم بأي عمل مادي الى الانتقاص من ضمان الدائن انتقاصا كبيرا ، سواء كان هذا العمل ايجابيا كأن يخرب العقار ، أم سلبيا كأن يتركه يتخرب .

كما يضمن الراهن كذلك كل تعرض قانوني يصدر منه هو ، اذا كان يؤثر في حقوق الدائن المرتهن ، كما اذا باع العقار أو رتب عليه حق ارتفاق أو رهنه ثانيا . واذا كان القانون يحمى المرتهن بالنص على أن كل تصرف من الراهن بعد قيد الرهن لا يؤثر في حق المرتهن ، فان من المتصور مع ذلك أن يقوم الراهن بالتصرف قبل قيد الرهن فيضر بالراهن ، كأن يرهن العقار رهنا ثانيا ويقوم المرتهن الثاني بالقيد قبل الأول فيتقدم الرهن الثاني على الاول .

١٤٢ ـ (٢) ضمان التعرض القانوني الصادر من الغير : اذا كان التعرض الصادر من الغير ماديا ، فلا يضمنه الراهن ، كما اذا أزمع الجار اقامة بناء لو تم كان فيه اعتداء على حقوق ارتفاق للعقار المرهون ، أو على العقار المرهون ذاته ، فللدائن المرتهن في هذه الحالة دون وساطة الراهن أن يطلب وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر (المذكرة الايضاحية جـ٧ ص٥٢) وانظر أيضا المادة ١٠٤٨/٣) . ذلك أن مثل هذه الاعمال من شأنها أن تعرض العقار المرهون للهلاك أو التلف أو تجعله غير كاف للضمان . (والفرض في هذه الحالة أن الأمر لم يصل الى حد هلاك العقار أو تلفه والا طبق حكم المادة ١٠٤٨/٢ كما سيجيء) . أما التعرض

للتعرض القانوني الصادر من الغير فان الراهن يضمنه ، لأنه لو ثبت لأخل بحق الدائن المرتهن ، وذلك كذا اذا ادعى الغير ملكية العقار المرهون أو أن له عليه حق انتفاع أو حق ارتفاق متى كان الرهن قد تم على أساس عدم وجود مثل هذه الحقوق .

١٤٣ ــ كيف يصل الدائن الى ضمان سلامة العقار المرهون : للدائن في سبيل المحافظة على حقه ، أن يعترض على كل عمل أو تقصير يكون من شأنه انقاص ضمانه انقاصا كبيرا ، وعلى هذا يكون له مثلا أن يعترض على تصرف الراهن في المنقولات المخصصة لخدمة العقار بعد نزعها ، لدى الاشخاص الذين تصرف اليهم الراهن ولم يكن سلمهم تلك المنقولات ليجعلهم سيئي النية فلا يجوز لهم التمسك بقاعدة الحيازة في المنقول (أنظر المادة ١٠٤٧ والمادة ١٠٤٨ / ٣) .

وفي حالة الاستعجال للمرتهن أن يتخذ ما يلزم من الوسائل التحفظية كأن يقيم حارسا للمحافظة على العقار على نفقة الراهن ، أو أن يطلب الترخيص له بعمل الترميمات اللازمة اذا كان الراهن قد ترك العقار يتخرب أو يتهدم .

الا أنه ينبغي أن يراعى أن القانون لم يمنح للدائن المرتهن الحق في الاعتراض على كل الاعمال التي تصدر من الراهن ، ولكن يشترط لذلك أن يكون من شأن هذه الاعمال انقاص ضمان الدائن انقاصا كبيرا ، حتى لا يتعرض المدين الى التدخل المتصل من الدائن المرتهن ، وفي ذلك ارهاق واعنات له .

١٤٤ ــ الهلاك أو التلف :

اذا هلك العقار المرهون أو تلف فانه يفرق بين ما اذا كان ذلك بسبب الراهن أو بسبب أجنبي .

١ ــ فاذا تسبب الراهن بخطئه في هلاك العقار المرهون أو تلفه فان القانون قد وضع جزاء على اخلاله بالتزامه بسلامة الرهن في هذه الحالة ، فأعطى للدائن

الخيار بين أن يقتضى تأمينا كافيا ، أو أن يستوفى حقه فورا (مادة ١/١٠٤٨) ، ذلك أننا نكون بصدد حالة يزول فيها التأمين العينى أو يضعف بصورة تهدد بعدم امكان الحصول على الحق ، فيكون للدائن التمسك بسقوط الأجل واقتضاء حقه فورا ، وله الى جانب ذلك ــ اذا لم يرد استيفاء حقه فورا بل فى الأجل المحدد له ــ أن يطلب تأمينا كافيا .

٢ ــ اذا كان الهلاك أو التلف قد نشأ بسبب أجنبى دون خطأ من أحد المتعاقدين فما هو الحكم؟

اذا قبل الدائن الابقاء على الدين بلا تأمين انتهى الامر . اما اذا لم يقبل بقاء الدين بلا تأمين كان الخيار للمدين بين : (١) أن يقدم تأمينا كافيا ، وكفاية التأمين هنا ــ كما فى الحالة السابقة ــ مسألة موضوعية ، ويصح أن يكون التأمين كافيا وأقل فى الوقت نفسه من التأمين الذى هلك أو تلف (قارن المادة ٢٧٣) ، أو (٢) أن يوفى الدين فورا قبل حلول الأجل ، على أن يراعى فى هذه الحالة الاخيرة ما نص عليه القانون بشأن خصم الفوائد من الدين ، اذ يقضى بأنه " اذا لم يكن للدين فوائد فلا يكون للدائن حق الا فى استيفاء مبلغ يعادل قيمة الدين منقوصا منها الفوائد بالسعر القانونى عن المدة ما بين تاريخ الوفاء وتاريخ حلول الدين " . (مادة ٢/١٠٤٨) .

١٤٥ ــ الحلول العينى فى الرهن : نصت المادة ١٠٤٩ على أنه " اذا هلك العقار المرهون ، أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة " ، وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى لهذا النص أنه فى جميع الاحوال التى يحل فيها محل العقار المرهون أو محل جزء منه شئ آخر كتعويض أو مبلغ تأمين أو ثمن يرسو به المزاد أو ثمن ملحقات يتم تسليمها فان الرهن ينتقل الى هذا الشئ الآخر ، ويستوفى

الدائن منه الدين بحسب مرتبته • وهذا مثل للحلول العيني •

المطلب الثاني : أثر الرهن بالنسبة الى الدائن المرتهن

١٤٦ ـ للدائن صفتان (دائن عادي ودائن مرتهن):

اذا ما نشأ الرهن صحيحا رتب للمرتهن حقا عينيا على العقار يخوله سلطات معينة ، فضلا عما له من حق الضمان العام على أموال مدينه باعتباره دائنا عاديا •
فالدائن المرتهن اذن صفتان : صفة باعتباره دائنا عاديا كسائر الدائنين وصفته باعتباره دائنا مرتهنا ويتركز حقه في العقار المرهون •

١٤٧ ـ أولا ـ الدائن المرتهن بصفته دائنا عاديا ، للدائن المرتهن ضمان عام على أموال المدين باعتباره دائنا له ولذلك يجوز له أن ينفذ على أمواله جميعها ، دون أن يكون له التقدم • الا أنه ينبغي أن يراعى في تنفيذ الدائن على الاموال الاخرى غير المرهونة أنه " لا يجوز للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان ما خصص للوفاء غير كاف ، وبعبارة أخرى لا يكون للدائن المرتهن أن ينفذ على الأموال الغير مرهونة الا عند عدم كفاية الاموال المرهونة المخصصة لضمان حقه • وبشرط ألا تكون الأموال التي ينفذ عليها أكبر كثيرا من حقه • وهو ما يقدره القضاء • (وقد كانت المادة ٤٨٩ مرافعات ملغي تعرض لهذا الموضوع وكانت تجعل التنفيذ على غير المال المخصص بأمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية) • ويتساوى الدائن المرتهن بالنسبة للأموال الغيرمرهونة ، مع الدائنين العاديين •

وحق الدائن المرتهن في التنفيذ على أموال الراهن غير المرهونة قاصر على حالة ما اذا كان الراهن هو المدين • فاذا كان الراهن هو الكفيل العيني فان حقه يقتصر فقط على التنفيذ على الاموال المرهونة ، لأن مسئولية الكفيل ليست مسئولية شخصية

بل تتحدد بما رهن ، وتنص المادة ١٠٥٠ فى هذا الصدد على أنه " اذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين ، فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ، ما لم يوجد اتفاق يقضى بغير ذلك " . هذا ويجيز القانون للكفيل العينى أن يتفادى أى اجراء موجه اليه ، اذا هو تخلى عن العقار المرهون (م ١٠٥١/٢) .

١٤٨ـ ثانيا ـ الدائن باعتباره مرتهنا :

يتركز حق الدائن المرتهن ـ بصفته مرتهنا فقط ـ فى العقار المرهون ، ويقتضى ذلك يكون له قبل حلول أجل الدين ، أن يحافظ على العقار المرهون ، ويمنع كل ما يؤدى الى المساس به ، أو الانتقاص من قيمته ، وقد رأينا ما له من سلطات ، وما يخوله القانون من وسائل فى هذا الصدد لضمان حقه فى الرهن والمحافظة عليه عند كلامنا على التزامات الراهن .

فاذا ما حل أجل الوفاء بالدين ، ولم يستوف الدائن حقه ، كان له أن يستوفيه من العقار المرهون طبقا للاجراءات وبالقيود التى نص عليها القانون . فلا بد من اتباع اجراءات التنفيذ التى ينص عليها القانون فى هذا الصدد .

١٤٩ـ اتباع الاجراءات المقررة للتنفيذ : يجب التنفيذ على العقار المرهون أن تتبع الاجراءات التى نص عليها القانون . وتنص المادة ١٠٥١/١ على أن " للدائن بعد التنبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه فى المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة فى قانون المرافعات " . فالدائن المرتهن لا يستوفى اذن حقه من العقار المرهون الا طبقا لاجراءات معينة ، تنتهى آخر الأمر الى بيع العقار جبرا فى المزاد ، وكل اتفاق على غير ذلك يكون باطلا لمخالفته للنظام العام " ولهذا فان كل اتفاق يقضى بتملك الدائن للعقار عند عدم الوفاء ، أو أن يبيعه دون مراعاة الاجراءات التى فرضها القانون ، وهو شرط الطريق الممهد ، يقع باطلا ، ونعرض لذلك :

١٥٠ — بطلان شرط تملك الدائن المعقار عند عدم الوفاء وشرط الطريق الممهد :

اذا كان القانون يستلزم اتباع اجراءات معينة للتنفيذ على العقار المرهون فان هذه الاجراءات انما وضعت لضمان حق كل من الدائن المرتهن والراهن ، بما يحقق التوازن بين المصالح المتعارضة فالاخلال بشيء من ذلك لا يقره القانون ولو ارتضاه المتعاقدان اذ يخشى أن يكون الدائن المرتهن قد استغل حاجة الراهن وانتزع منه رضاه . فيقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ، وهذا هو شرط التملك عند عدم الوفاء . كما يقع باطلا كذلك كل اتفاق يجعل للدائن الحق في أن يبيع العقار المرهون دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ،وهذا هو شرط الطريق الممهد .

وفي كلتا الحالتين يقع الاتفاق باطلا ، سواء تم في عقد الرهن ذاته ، أم كان هذا الاتفاق قد تم بعد الرهن ، ما دام أنه قد تم قبل حلول الدين .

أما اذا حل أجل الدين ، فقد انعدمت شبهة استغلال الدائن المرتهن لحاجة الراهن ،وأصبح هذا على بينة من الأمر ، فيجوز الاتفاق حينئذ ، على أن ينزل الراهن للدائن عن العقار المرهون وفاء للدين ، أو على أن يشترى الدائن العقار بثمن معين أكبر ،أو أقل من الدين ،أو على أن يباع العقار بالممارسة لا بالمزاد العلني ،وقد يكون في هذه الاتفاقات مصلحة للراهن نفسه ،اذ يتجنب المصروفات التي تنجم عن بيع العقار بالمزاد .

وقد نصت المادة ١٠٥٢ على القواعد السابقة بقولها :

١ — يقع باطلا كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يتملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان ،أو في أن يبيعه دون مراعاة للاجراءات التي فرضها القانون ،ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن .

٢ — ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه ، الاتفاق على أن ينزل المدين

لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه" .

المبحث الثاني : أثر الرهن بالنسبة الى الغير

١٥١ـ تمهيد ـ تقسيم الموضوع :

يترتب على انعقاد الرهن صحيحا أثره فيما بين المتعاقدين ، أما بالنسبة الى الغير ، فلا يترتب عليه أثره الا اذا تم شهره ، وشهر الرهن يكون عن طريق القيد ، ولهذا الشهر أهميته بالنسبة لمن يريد التعامل بشأن العقار المرهون ، اذ يستطيع معرفة مدى ما يتحمل به العقار من تكاليف فيتعامل مع صاحبه وهو على بينة من الأمر ، وهذا ما يحققه نظام شهر الحقوق بصفة عامة ، وكلامنا عن أثر الرهن بالنسبة الى الغير يقتضى أن نتكلم أولا عن نفاذ الرهن فى حق الغير ، واذا ما صار نافذا فى حق الغير كان للدائن المرتهن أن يفيد من السلطات التى يخولها له القانون من حيث امكان تتبع العقار فى يد الغير ، ومن حيث التقدم على غيره من الدائنين فى استيفاء حقه ، وهذا هو مظهر نفاذه ، ونتكلم أولا عن نفاذ الرهن قبل الغير بالقيد ، ثم عن حق التقدم ، وحق التتبع .

المطلب الاول : نفاذ الرهن فى مواجهة الغير ـ القيد

١٥٢ـ تقسيم :

رأينا أنه لكى يكون الرهن نافذا قبل الغير ، فانه يتعين شهره ، عن طريق القيد ، فمن هم الغير الذين يحتج عليهم بالقيد فى هذه الحالة ، ثم ما هى الأحكام التى تتعلق بالقيد بصفة عامة .

أولا ـ تحديد المقصود بالغير

١٥٣ـ الغير من له مصلحة فى عدم سريان الرهن عليه عدا الراهن :

نصت المادة ١/١٠٥٣ على أنه " لا يكون الرهن نافذا فى حق الغير الا اذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار ،

وذلك دون اخلال بالاحكام المقررة في الافلاس" ونصت المادة ٢٠ من قانون الشهر العقاري على أنه" يترتب على عدم القيد أن هذه الحقوق لا تكون حجة على الغير"

ومن هذا يتضح أن القيد لازم لسريان الرهن في مواجهة الغير، وهؤلاء الغير هم الذين يستطيعون التمسك بعدم حصول القيد أو ببطلانه. فمن هم الغير في هذا الصدد ؟

يفهم من عبارة المادة ١٠٥٣ /١ أن الغير هو من يكتسب حقا عينيا على العقار سواء كان هذا الحق العيني من الحقوق الاصلية أو التبعية. الا أن معنى الغير هنا ينبغي أن ينصرف الى كل من له مصلحة في عدم سريان الرهن عليه عدا الراهن وورثته بطبيعة الحال. وعلى هذا فان الرهن يسري على من يكتسب حقا عينيا أصليا على العقار المرهون. فاذا انتقلت ملكية العقار الى مشتره لا يسري عليه الرهن الصادر من البائع له وهو الراهن الا اذا كان مقيدا قبل كسب حقه. كما يسري الرهن كذلك على من يكتسب حقا عينيا تبعيا على العقار كرهن رسمي آخر أو رهن حيازي أو حق اختصاص أو حق امتياز (عدا الامتيازات الغير واجبة الشهر) طالما كان هذا الرهن مقيد من قبل. فالرهن الاول يسري على أصحاب الرهون التالية متى كان مقيدا قبلهما لانهم يعتبرون من الغير. فاذا لم يقيد الرهن الاول وقيد صاحب الرهن الثاني قبل أن يقيد الاول فان الرهن الاول لا يسري على المرتهن الثاني لانه من الغير بالنسبة للاول.

والى جانب ما سبق فان الرهن يسري متى كان مشهرا على الدائنين العاديين. ولا يستطيع الدائن المرتهن أن يباشر حقه في التقدم قبلهم الا اذا كان حقه مشهرا بالقيد. ذلك أن الاصل هو تساوي الدائنين جميعا فاذا ادعى أحدهم أن له وجها يتقدم به على الآخرين وجب أن يعلموا به حتى يسري عليهم ويكون ذلك بشهر حقه من طريق القيد. فالدائن المرتهن الذي لم يقيد حقه لا تكون له اذن أية أفضلية على الدائنين العاديين. ومن الناحية العملية اذا ما أثير الخلاف حول أفضليته على

الدائنين العاديين ، ومن الناحية العملية اذا ما أثير الخلاف حول أفضليته على الدائنين استطاع قيد رهنه ، وفضل عليهم أيا كان تاريخ قيده .

هذا هو المقصود بالغير الذين يحتج عليهم بقيد الرهن .

ثانيا - الاحكام المتعلقة بالقيد

١٥٤ - تقسيم :

لم ينظم القانون المدني الاحكام المتعلقة بالقيد ، ولكنه أحال بشأنها الى قانون الشهر العقاري ، اذ نصت المادة ١٠٥٤ على أنه " يتبع في اجراء القيد وتجديده ومحوه والغاء هذا المحو والاثار المترتبة على ذلك كله الاحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري " ونعرض فيما يلي لاجراء القيد ، ثم تجديده ، ثم محوه أو شطبه والغاء هذا المحو .

١ - اجراء القيد

١٥٥ - التعريف بالقيد وتمييزه عن التسجيل : القيد هو عبارة عن تدوين بيانات معينة من المحرر الذي يتضمن عقد الرهن في سجل خاص بالشهر العقاري ، وهو بهذا يختلف عن التسجيل الذي يتم بنقل صورة كاملة من المحرر المراد شهره في سجل خاص بالقيد وسيلة لشهر الحقوق العينية العقارية التبعية ، ويبقى لمدة عشر سنوات يجب تجديده بعدها ، والا اعتبر كأن لم يكن ، أما التسجيل فهو وسيلة لشهر الحقوق العينية العقارية الأصلية واذا ما تم فانه يحفظ الحق دون تحديد مدة معينة خلافا للقيد .

ولا يكون القيد الا بالنسبة الى التصرفات المنشئة أو المقررة للرهن ، وكذلك للأحكام النهائية التي يترتب عليها شيء من ذلك ، وهو بهذا يجعل حق الدائن يسري في مواجهة الغير . أما اذا تعلق الامر بتصرفات وأحكام يترتب عليها نقل الرهن الى غير المرتهن ، مثل حوالة الدين المضمون بالرهن ، وحلول الغير محل المرتهن في حقوقه

حلولا قانونيا أو اتفاقيا ، والتصرفات والأحكام التي يترتب عليها انقضاء الرهن في ذاته كالتنازل عنه ، والتصرفات والاحكام التي يترتب عليها زوال مرتبه كمحو القيد ، فانها لاتشهر بالقيد ، ولكن يتم شهرها بالتأشير في هامش القيد الاصلي ، فحوالة الحق المضمون بالرهن مثلا يتم شهرها بالتأشير في هامش القيد الاصلي فاذا لم يحصل هذا التأشير ، لا يستطيع من حول اليه الحق التمسك بحقه قبل الغير (وقد نصت المادة ١٠٥٣/٢ على هذا الحكم ، وانظر كذلك المادة ١٩ من قانون الشهر العقاري) .

١٥٦ـ أين يحصل القيد : الجهة المختصة بالقيد الآن هي مكاتب الشهر العقاري ، ويتم القيد في مكتب الشهر العقاري الذي يقع العقار في دائرة اختصاصه . فاذا كان الرهن واردا على عقارات تقع في دوائر مكاتب متعددة أجرى القيد في كل منها بالنسبة للعقار أو العقارات الواقعة في دائرة اختصاص كل مكتب . ولا يكون للقيد الذي يتم في أحد هذه المكاتب أثره الا بالنسبة الى العقارات أو أجزاء العقارات التي تقع في دائرة اختصاص هذا المكتب .

١٥٧ـ ممن يحصل القيد ؟ نص قانون الشهر العقاري على أن اجراءات الشهر تتم في جميع الاحوال بناء على طلب ذوى الشأن أو من يقوم مقامهم . ويقصد بذوى الشأن في هذا الصدد هو الدائن المرتهن . ولهذا يجب أن يتم القيد بناء على طلب الدائن نفسه . أو من ينوب عنه قانونا أو اتفاقا ، أو ورثته . كما أن القيد يتم كذلك بناء على طلب دائني الدائن المرتهن لانه يعد من الاجراءات التحفظية .

هذا ، ولما كان القيد يعتبر عملا نافعا نفعا محضا للدائن ، فان له القيام به حتى ولو كان ناقص الاهلية .

١٥٨ـ ضد من يكون القيد ؟ يقيد الرهن على اسم مالك العقار المرهون وقت الرهن ، سواء كان المالك هو المدين أو الكفيل العيني ، فاذا مات الراهن قبل اجراء القيد ، كان للدائن الخيار بين أن يجرى الرهن على اسم الراهن أو على أسماء ورثته .

والنظام المتبع عندنا في شهر الحقوق عموما والذى لا زال قائما هو النظـــام الشخصى ، حيث يجرى القيد على اسم المتصرف . فاذا أريد معرفة ما يتحمل به العقار من تكاليف ، يطلب من مكاتب الشهر ، بيان الحقوق التى ترتبت على العقار من المالك الحالى والمالكين السابقين خلال عشر سنوات على الاقل ، ومن المحتمل أن يقع خطــأ فى هذه البيانات ، فقد يغفل ذكر قيود موجودة فعلا ثم يفاجأ من يتعامل مع صاحب العقار بظهورها ويهدد ذلك بتأثر حقه بوجودها .

ولتلافى ذلك أخذت بعض البلاد – كألمانيا وسويسرا – بنظام السجلات العينية ، أو الشهر العينى حيث يخصص لكل عقار صفحة من السجل العقارى ، تدون فيها جميع التصرفات التى ترد على العقار فيسهل بذلك معرفة ما يتحمل به من تكاليف ، ويقـــل احتمال الخطأ . وقد صدر عندنا قانون السجل العينى ، ولكن لم يبدأ بعد فى تنفيذه .

١٥٩ – متى يتم القيد ؟ يجوز اجراء القيد فى أى وقت بعد انشاء الرهن ، حتى ولــو كان الدين المضمون مستقبلا أو احتماليا ، أو معلقا على شرط . ولكن الغاية منه لــن تتحقق الا اذا تم قبل أن يخرج العقار من ملكية الراهن ، وقبل أن يترتب عليه حـــق عينى آخر تم قيده على الوجه الصحيح ، ذلك أنه اذا تصرف الراهن فى العقار أو رتـب عليه حقا آخر وسجل المتصرف اليه أو قيد مـن اكتسب الحق حقه قبل أن يقوم الدائـن المرتهن بالقيد ، لا يستطيع هذا الاخير تتبع العقار فى يد المتصرف اليه ، ولا تكـــون له أفضلية على أصحاب الحقوق الاخرى المقيدة .

واذا كان الاصل أن القيد يصح فى أى وقت بعد الرهن ويترتب عليه أثره ، طالما أنه لم يحصل تصرف فى العقار وطالما أن الغير لم يكتسب حقا عينيا عليه ، الا أن القانون يستثنى من ذلك:

١ – حالة الافلاس (أنظر المادة ١٠٥٣ / ١) ، فقد نصت المادة ٢٣١ تجـــارى على أن " حقوق الامتياز والرهن العقارى المكتسبة من المفلس على الوجه المرعى قانونا ،

يجوز تسجيلها (أي قيدها) الى يوم صدور الحكم باشهار افلاسه" .وعلى ذلك لايصح قيد الرهن بعد الحكم بشهر افلاس مالك العقار .واذا قيد الرهن بعد هذا التاريخ لا يسرى الرهن في حق جماعة الدائنين ،لانها تعتبر من الفور بمجرد صدور حكم الافلاس ،فلا تتأثر بالحقوق التي لم تشهر من قبل . وفي هذه الحالة لا يكون الدائن صاحب الرهن الا التقدم كدائن عادى .وهذا الحكم يسرى فقط بالنسبة للقيد ولا يسرى بالنسبة لتجديد القيد ، اذ يصح التجديد بعد حكم الافلاس لقيد سابق على هذا الحكم، لان تجديد القيد اجراء يقصد به حفظ قيد سابق تم وترتب عليه أثره من قبل .

القيود في فترة الريبة: اذا كان القيد يصح الى حين حكم شهر الافلاس على النحو السابق، فان القانون يجوز الحكم ببطلان القيد اذا حصل خلال فترة الريبة . اذ بعد أن نصت المادة ٢٣١ تجارى على ما سبق اضافت" ومع ذلك يجوز الحكم ببطلان ما يحصل من تسجيلات (أي قيود) بعد وقت وقوفه عن دفع ديونه أو في الأيام العشرة التي قبل هذا الوقت اذا مضت مدة أزيد من خمسة عشر يوما بين تاريخ عقد الرهن العقارى أو الامتياز ،وتاريخ التسجيل (القيد) .ويزاد على المدة المذكورة الميعاد المحدد في القانون لمسافة الطريق بين الجهة التي اكتسب فيها ذلك الحق والجهة التي حصل فيها التسجيل" .

وعلى ذلك يجوز الحكم ببطلان القيد حتى قبل صدور حكم شهر الافلاس اذا تم خلال فترة الريبة أي من وقت التوقف عن الدفع أو في الايام العشرة التي تسبق هذا الوقت، بشرط أن تنقضى مدة تزيد على ١٥ يوما بين تاريخ عقد الرهن وتاريخ اجراء القيد مضافا اليها مواعيد المسافة (أنظر مصطفى طه:أصول الافلاس بند ١٦٢,١٦١)،

والحكم السابق خاص بالتجار فقط متى كان الراهن تاجرا . فاذا كان الراهن غير تاجر، فان قيد الرهن يصح في أي وقت حتى ولو بعد اشهار الاعسار ما دامت الملكية

لم تنتقل من الراهن ،وطالما كان الرهن نفسه قد تم قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار (أنظر المادة ٢٥٧ مدنى) .

٢ـ ويستثنى القانون كذلك من قاعدة جواز حصول القيد فى أى وقت ما دامت ملكية العقار للراهن ، حالة التنفيذ على العقار المرهون، ويقضى قانون المرافعات بأنه اذا أشهر الرهن بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية لا ينفذ فى حق الحاجزين ولو كانوا دائنين عاديين ، ولا فى حق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل التنبيه، ولا فى حق من حكم بايقاع البيع عليه (أنظر المادة ٤٠٥ مرافعات جديد) .

هاتان هما الحالتان اللتان لا يصح فيهما قيد الرهن ،وفيما عدا ذلك يصح القيد طالما بقيت الملكية للراهن ، واذا مات قبل اجراء القيد ،أمكن اجراؤه فى مواجهة الورثة ،وبذلك يتقدم المرتهن على دائنى التركة .

١٦٠ ـ اجراءات القيد : أورد قانون الشهر العقارى تفصيلات طويلة فى هذا الصدد يمكننا ايجازها فيما يلى :

يقوم طالب القيد بتقديم طلب مستوف لبيانات نص عليها القانون الى مأمورية الشهر العقارى المختصة ،وتقوم المأمورية بتدوين الطلب حسب تاريخ وساعة تقديمه فى دفتر أسبقية طلبات الشهر ، ثم تفحصه وترسله للجهة الهندسية المختصة للتثبت من صحة البيانات الواردة بشأن العقار من حيث المساحة والحدود ،واذا انتهت المأمورية الى قبول الشهر اعادت صورة من الطلب الى مقدمه مؤشرا عليها بصلاحيته للشهر .

ثم يعود طالب القيد ثانية ويقدم مشروع عقد الرهن نفسه ومعه النسخة المؤشر عليها الى المأمورية التى تقيد المشروع فى دفتر أسبقية مشروعات المحررات بحسب تاريخ وساعة وروده . وبعد أن تتثبت المأمورية من مطابقة البيانات الواردة فى مشروع المحرر للبيانات فى طلب القيد ،وتؤشر عليه بما يفيد صلاحيته للشهر ، ثم تعيد هذا المشروع

الى الطالب . وهنا تنتهي المرحلة الاولى التمهيدية في مأمورية الشهر .

بعد ذلك يقوم طالب القيد بتقديم عقد الرهن المؤشر على مشروعه بالصلاحية للشهر الى مكتب الشهر العقارى المختص ، ويرفق معه قائمة تشتمل على بيانات معينة مطابقة لما ورد في عقد الرهن نفسه ، وتقدم هذه القائمة من نسخة أصلية محررة بمداد أسود على ورق خاص يطلب من مكاتب الشهر . ويقوم مكتب الشهر باثبات البيانات الواردة في القائمة في دفتر الشهر برقم متتابع بحسب أسبقية تقديمها ، مع ذكر تاريخ اليوم والساعة ، وهذا الرقم هو الذى يقرر أسبقية القيد . وتسلم صورة فوتوغرافية من القائمة للطالب ، وتحفظ الاخرى بالمكتب الرئيسي للشهر .

وتشتمل قائمة القيد التي ترفق بعقد الرهن على البيانات الاتية :

١ ـ اسم الدائن ولقبه وصناعته ومحل اقامته ومحله المختار في دائرة المحكمة فان لم يختر له محلا صح اعلان الاوراق اليه في قلم كتاب المحكمة .

٢ ـ اسم المدين أو المالك الذى رتب الحق على ملكه اذا كان غير المدين ، ولقبه وصناعته ومحل اقامته .

٣ ـ تاريخ السند والجهة التي تم اقامها أو صدر منها ، ويقصد بهذا تحديد عقد الرهن أو الحكم الذى قضى به تنفيذ العقد الوعد بالرهن الذى تم في الشكل الرسمي وذلك للتأكد مما اذا كان صحيحا أو باطلا .

٤ ـ مصدر الدين المضمون ومقداره كاملا وميعاد استحقاقه .

٥ ـ تعيين العقار الذى رتب عليه الحق تعيينا دقيقا .

هذه هي البيانات الواجب ذكرها في قائمة القيد ، ويتبين منها أنه يجب تخصيص الرهن كذلك في القائمة سواء من حيث الدين المضمون أو من حيث العقار المرهون وهذا البيان لازم لا يغني عنه التخصيص في عقد الرهن ذاته . ذلك أنه اذا كان

التخصيص في العقد لازما لصحة الرهن ذاته ، فإن التخصيص في قائمة القيد لازم لسريان الرهن في مواجهة الغير .

١٦١ ـ الجزاء على تخلف البيانات المشترطة في قائمة القيد : لا يترتب على اغفال بيان أو أكثر من البيانات السابقة بطلان القيد بقوة القانون . ولكن يلزم أن ينتج عن هذا الاغفال ضرر للغير ، فاذا لم يترتب أى ضرر ، فلا يكون للغير التمسك ببطلان القيد ، فاذا لم يذكر في القائمة مثلا لقب الراهن أو صناعته ، ولم يثر أى شك حول تحديد ذاتيته ، فلا يكون هناك ضرر وبالتالى لا يصح التمسك بالبطلان .

وعلى من لحقه ضرر بسبب اغفال بيان من البيانات أو بسبب عدم ضبطها أن يطلب بطلان القيد أو يطلب انقاص أثره . ويقع عليه اثبات ما لحقه من ضرر .

وللمحكمة سلطة تقديرية ، فمتى ثبت لديها الضرر ، يكون لها ـ تبعا لطبيعة الضرر ومداه ـ أن تبطل أثر القيد أو تنقص من هذا الاثر . فاذا لم ترد البيانات المتعلقة بالراهن مثلا الى تحديد ، تحديدا كافيا ، وتعامل معه الغير على اعتبار أنه غير الراهن ، كان لها أن تبطل القيد . واذا كان الدين المضمون مثلا ١٠٠٠ ألف جنيه وذكر في القائمة أنه ١٠٠ (مائة) فقط فانها تنقص أثر القيد فلا يسرى على الغير الا في حدود ١٠٠ (مائة) فقط . وتطبيقا لهذا ينص قانون الشهر على أن أثر القيد يقتصر على المبلغ المبين بالقائمة أو المستحق أيهما أقل .

١٦٢ ـ أثر القيد : اذا وقع القيد صحيحا رتب أثره من حيث جعل الرهن ساريا على الغير ، وتخويل المرتهن سلطاته قبلهم من حيث التتبع والافضلية . واذا أبطل القيد ، فلا يترتب على ذلك الا باعتباره كأن لم يكن ، لكن يظل الرهن نفسه قائما بين المتعاقدين ، ويمكن قيده من جديد . ويأخذ مرتبته من القيد الجديد متى تم صحيحا .

وعلى العكس من ذلك لو كان القيد صحيحا والرهن باطلا ، فلا يصح الرهن ، على أنه ينبغى لكي يترتب على القيد أثره أن يتم في وقت مناسب ، ويكون ذلك طالما

بقيت ملكية العقار في يد الراهن على نحو ما بينا .

١٦٣ ــ مصروفات القيد : نصت المادة ١٠٥٥ مدني على أن " مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ، ما لم يتفق على غير ذلك" .

٢ ــ تجديد القيد

١٦٤ ــ الغرض منه : اذا ما تم القيد ، فانه لا يحفظ الحق الا عشر سنوات ميلادية فقط ، من تاريخ اجرائه ، يجب تجديده خلالها والا سقط ، واستلزام تجديد القيد كل عشر سنوات يقصد من ورائه تيسير البحث لمعرفة ما يتحمل به العقار من تكاليف اذ ا بمقتضى نظام الشهر العقاري لا يلزم البحث الا في دفاتر الشهر المتعلقة بالعشر سنوات السابقة .

والى جانب ذلك فان هناك اعتبارات أخرى تتصل بحماية الملكية العقارية ، اذ قد يحدث ، كما يرى البعض ، أن تنقضي الديون المضمونة بالرهن ، ويهمل صاحب الشأن في شطب القيد المتعلق بها . لذلك قضى المشرع انه بانقضاء مدة عشر سنوات تسقط كافة التأمينات العقارية الخاصة .

١٦٥ ــ أثر التجديد : واذا تم التجديد في الميعاد القانوني بقيت للرهن مرتبته من تاريخ القيد السابق ، ويظل الامر هكذا خلال عشر سنوات تالية لاجراء القيد الجديد ، ولا تحفظ للرهن مرتبته الا اذا أعيد التجديد قبل انتهاء العشر سنوات ... وهكذا .

واذا تم التجديد في الميعاد ، فلا يهم ما اذا كان القيد الاصلي ممكنا أم لا وقت التجديد ، أي أنه يصح التجديد حتى ولو كانت الشروط اللازمة لامكان القيد أصلا غير متوافرة ، فاذا كانت ملكية العقار المرهون مثلا قد انتقلت من يد الراهن ، فالمفروض في هذه الحالة أنه لا يمكن القيد ، ولكن اذا كان هناك قيد سابق ، أمكن تجديده مع ذلك ، حتى ولو كانت ملكية العقار قد انتقلت من يد الراهن ، أو أشهر

افلاس المالك للعقار أو اتخذت اجراءات نزع الملكية اذ الغرض من التجديد هـو المحافظة على أثر القيد القديم فقط .

أما اذا لم يتم التجديد خلال العشر سنوات التالية للقيد ، سقط القيد واعتبر كأن لم يكن أصلا ولا يمكن الاحتجاج بالرهن على الغير . ويكون لكل ذى مصلحة أن يتمسك بعدم تجديد القيد فى ميعاده ، فيستطيع الدائن العادى والدائن المرتهن الآخر والحائز أو صاحب حق امتيازه أو حائز العقار ان يتمسك بذلك . والحكمة أن تقضى باعتباره كأن لم يكن ولو من تلقاء نفسها . واذا سقط القيد ، فان هذا لا يؤثر فى وجود الرهن ذاته ، ولهذا يجيز القانون اجراء قيد جديد ، ولكن مرتبة الرهن تتحدد من وقت هذا القيد الجديد الذى تسرى عليه أحكام القيد الاصلى ، مما يستلزم أن يكون القيد ممكنا فى هذا الوقت فاذا كانت الملكية قد انتقلت من يد الراهن وقت التجديد ، أو كان الراهن قد أشهر افلاسه أو اتخذت اجراءات نزع الملكية ما أمكن اجراء القيد من جديد .

١٦٦ — الى متى يصح : ويظل اجراء التجديد ممكنا الى أن ينقضى الرهن ، فاذا انقضى الحق المضمون بالرهن أو طهر العقار فلا محل للتجديد . وقد نصت المادة ٤٤ من قانون الشهر العقارى على أن " تجديد القيد واجب حتى أثناء الاجراءات التى تتخذ لنزع ملكية العقار المثقل بالحق العينى . ولكنه لا يكون واجبا اذا انقضى الحق أو طهر العقار ، وبوجه خاص اذا بيع العقار قضاء وانقضى ميعاد زيادة العشر " .

١٦٧ — اجراءات التجديد : يقوم بالتجديد من له طلب قيد الرهن . واذا كان الدين المضمون قد حول قام المحال اليه بالتجديد . ويقدم طلب التجديد الى مكتب الشهر العقارى المختص ، وهو الذى تم فيه القيد الاصلى . ويحسن أن تذكر البيانات الواجبة فى القيد ، كما يذكر كذلك أنه حاصل لتجديد قيد سابق تم فى تاريخ معين . واذا تكرر التجديد تجب الاشارة الى القيد السابق . فاذا لم يذكر أنه تجديد لقيد سابق بطل هذا باعتباره تجديدا ، وان أمكن اعتباره قيدا جديدا متى كانت شروط

القيد من جديد متوافرة فى هذا الوقت ، على أن تحتسب مرتبة القيد من هـــذا التاريخ .

٣ـ محو القيد والغاء المحـــو

١٦٨ ـ المقصود بالمحو :

ويقصد من المحو رد اعتبار العقار واظهاره بدون التكاليف التى كان يتحمل بها ، فيسترد قيمته الائتمانية ، ويتم اذا لم يعد للقيد محل ، نظرا لأن الديـــن المضمون قد انقضى وانقضى الرهن تبعا له ، أو نظرا لانقضاء الرهن بصفة مستقلة عـــن الدين المضمون ، أو لبطلان القيد أو التنازل عنه مع بقاء الدين والرهن .

ويكون محو القيد أو شطبه بالتأشير فى هامش القيد بما يفيد اعتباره غـــير موجود . ويقوم بذلك مكتب الشهر المختص باجراء القيد .

١٦٩ ـ أنواع المحو : المحو أما اختيارى واما قضائى :

١ ـ المحو الاختيارى : يتم برضا الدائن وحده ، دون استلزام قبـــول الراهن ويلزم أن يكون هذا الرضا سليما ، صادرا عن ذى أهلية ، كما يلزم أن يــرد هذا الرضا فى تقرير رسمى .

والاهلية اللازمة فى هذا الصدد هى أهلية التصرف فى الدين ، وتكون لمن بلغ ٢١ سنة كامل الاهلية ، سواء كان رضا الدائن بمحو الرهن فى مقابل قبض الدين ، أو دون مقابل . كل ما هنالك أنه اذا كان الدائن ناقص الاهلية فان التصرف فـــى الحالة الاولى (حالة قبض الدين) يكون دائرا بين النفع والضرر وبالتالى قابـــلا للابطال ، أما اذا كان المحو دون مقابل ، فانه يكون تصرفا ضارا ضررا محضا وبالتالى باطلا بطلانا مطلقا .

وكما يصح أن يقوم الدائن بنفسه بمحو القيد ، يصح أن يقوم به من ينوب عنه

نيابة قانونية أو اتفاقية ،بشرط أن يكون لمن ينوب عنه الولاية اللازمة ،ومع مراعاة أن التوكيل هنا يكون بورقة رسمية ،وللورثة كذلك القيام بمحو القيد ، بشرط توافر الاهلية كما سبق .

٢ ـ المحو القضائي : قد لا يقوم الدائن أو ورثته باجراء المحو عند لزومه ،فيكون لذى المصلحة فى زوال القيد ـ كالراهن والدائن المرتهن المتأخر فى المرتبة ومشترى العقار ـ أن يلجأ الى القضاء للحصول على حكم باجراء المحو ،وترفع الدعوى على الدائن أو ورثته أمام المحكمة المختصة ،فاذا صدر الحكم بالمحو وصار نهائيا جاز محو القيد .

١٧٠ ـ الغاء المحو :

قد يحصل أن يلغى المحو بسبب ما ، كما اذا أبطل المحو الاختيارى لعيب فى الرضا أو نقص فى الاهلية ،أو كما اذا طعن فى الحكم الذى قرر المحو بالنقض ولهذا يتعين التأشير فى هامش القيد بما يفيد هذا الالغاء ، وذلك متى أصبح الحكم بالغاء المحو نهائيا .

١٧١ ـ أثر الغاء المحو :

اذا ما الغى المحو ، فالاصل اعتباره كأن لم يكن ، وتعود للرهن مرتبته التى حفظها له القيد الذى محى ثم الغى محوه .انما يشترط لذلك الا يكون القيد الذى محى قد سقط بمضى عشر سنوات .الا أن تطبيق القاعدة السابقة قد يكون مجحفا بالنسبة لمن يشهر حقه فى الفترة بين محو القيد والغاء هذا المحو ، لانه عندما يشهر حقه لايرى أثرا للقيد ، ثم يفاجأ بعد ذلك برهن يتقدم عليه .ولهذا بعد أن نصت المادة ٤٦ شهر عقارى على أنه " اذا ألغى المحو عادت للقيد مرتبته الاصلية" ، عادت ونصت على أنه " لا يكون لالغائه أثر رجعى بالنسبة الى القيود والتسجيلات التى أجريت فى الفترة ما بين المحو والالغاء" .ومن هذا تبين أنه اذا كان الغاء المحو يعيد للقيد

مرتبته الاصلية الا أن هذا لا يضر بمن أشهروا حقوقهم بعد المحو وقبل الغـــاء هذا المحو .

وبعبارة أخرى يترتب على الغاء المحو عودة القيد بمرتبته الاصلية بالنسبة لمـن أشهروا حقوقهم بعد القيد وقبل محوه اذ لن يضار هؤلاء بالغاء المحو وعودة القيد نظرا لان القيد كان موجودا أمامهم عند شهر حقوقهم ، فعودة مرتبته لن تؤثر عـلى حقوقهم ومراتبهم التى اكتسبوها وقت شهرها . كما أن مرتبة القيد الاصلى تعود كذلك بالنسبة لمن اشهروا حقوقهم بعد شهر الغاء المحو اذ أنهم عندما أشهروا حقوقهم كان المحو قد ألغى .

أما بالنسبة لمن أشهروا حقوقهم بعد محو القيد الى حين الغاء هذا المحـو ، فانهم عندما اشهروا حقوقهم لم يكن هناك أثر للقيد ، وتعاملوا على أساس أنه غير موجود ولهذا ينبغى ألا تضر عودته بحقوقهم ، فلا يكون لالغاء المحو أثر رجعى بالنسبة لهم . وبالتالى تكون مرتبة القيد الذى ألغى محوه من وقت الغائه أى بعد مرتبة حقوقهم .

فلو فرضنا مثلا أن (أ) كان دائنا بمائتى جنيه وقيد رهنه سنة ١٩٦٠ ، وأن (ب) كان دائنا بثلاثمائة جنيه وقيد رهنه سنة ١٩٥٥ ، وفى سنة ١٩٦٦ محى قيد (أ) ، ثـم قيد (جـ) رهنه على العقار نفسه بمائتى جنيه سنة ١٩٦٧ ، وفى سنة ١٩٧٨ ألغى (أ) محو قيده . فما هو الحكم .

يترتب على الغاء هذا المحو عودة قيد أ بمرتبته بالنسبة الى ب فيكون قيـده بالنسبة له من سنة ١٩٦٠ . لكن عودة القيد لا تضر بحق جـ ، ولهذا فان مرتبة أ تكـون من سنة ١٩٦٨ بالنسبة الى جـ ، ولهذا ينبغى أن يراعى عند توزيع ثمن العقار أن ب يتقدم عليه أ وأن جـ لا يسبقه الا ب .

ولا تثار صعوبة ما اذا كان ثمن العقار كافيا . أما لو فرض أنه بيع مثلا بأربعمائة جنيه فكيف يوزع هذا الثمن ؟ هـ (١) يحصل جـ حقه على اعتبار عدم وجود أ بالنسبة له ،

وأن ب فقط هو الذى يسبقه وهكذا يأخذ جـ ١٠٠ جنيه فقط الباقى بعد الـ ٣٠٠ التى لـ ب . (٢) يعطى ب حقه على اعتبار أن أ يسبقه ، وهكذا يأخذ ب ٢٠٠ جنيه الباقى بعد الـ ٢٠٠ التى يفترض أن أ كان يأخذها لو لم يكن هناك سوى ب . (٣) ، وهكذا نجد أن جـ أخذ ١٠٠ وأن ب أخذ ٢٠٠ فيكون الباقى ١٠٠ يأخذها أ ، أى أن لم يتأثر حقه وأن الذى يتأثر حقه هو أ وذلك لمصلحة جـ .

المطلب الثانى : حق التقدم وحق التتبع

١٧٥ ــ تمهيد :

اذا ما تم قيد الرهن صار نافذا فى مواجهة الغير ، ويكون للدائن أن يستوفى حقه من المقابل النقدى لثمن العقار متقدما فى ذلك على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة ، كما يكون له أن يتتبع العقار فى يد من انتقلت اليه ملكيته ليستوفى حقه بالأفضلية . ونعرض أولا لحق التقدم ، ثم لحق التتبع .

أولا : حق التقدم

١٧٦ ــ ما يدخل فى دراسة الموضوع :

يباشر الدائن المرتهن حقه فى التقدم ، سواء كان العقار فى يد الراهن أم كانت الملكية قد انتقلت الى الغير وهو الحائز ، وقد عرض القانون لحق التقدم فى المواد ١٠٥٦ الى ١٠٥٩ وسنعرض لما جاء فى هذه المواد من أحكام ، فنعرض أولا لما يسرى عليه التقدم أو موضوع التقدم ، ثم نعرض للحقوق التى تستوفى بالتقدم ثم لكيفية مباشرة حق التقدم ، ولنزول الدائن المرتهن عن مرتبته .

١٧٧ ــ موضوع التقدم : يباشر الدائن المرتهن حقه فى التقدم على ثمن العقار المرهون وما يشمله الرهن بصفة عامة ، أى على مشتملات الرهن ، طبقا لما بيناه من قبل ، وذلك اذا بيع ما يشمله الرهن . كما يباشر الدائن المرتهن حقه فى التقدم كذلك على المبالغ التى تحل محل العقار مثل مبالغ التأمين والتعويض ، وذلك تطبيقا

لقاعدة الحلول العينى ،وقد نصت المادة ١٠٥٦ على هذا بقولها :" يستوفى الدائنون المرتهنون حقوقهم قبل الدائنين العاديين من ثمن العقار المرهون ، أو من المال الذى حل محل هذا العقار بحسب مرتبة كل منهم ،ولو كانوا قد أجروا القيد فى يوم واحد" .

١٧٨ـ الحقوق التى تستوفى بالتقدم: يتقدم الدائن المرتهن فى استيفاء حقه الاصلى المضمون بالرهن أو ما بقى له من هذا الحق. كما يتقدم كذلك بالنسبة لملحقات حقه التى يضمنها القيد الاصلى ،وهذه الملحقات تشمل :

(١) المصروفات : ويقصد بها مصروفات عقد الرهن والقيد والتجديد ،وتنص المادة ١٠٠٨/١ على أنه" يترتب على قيد الرهن ادخال مصروفات العقد والقيد والتجديد ادخالا ضمنيا فى التوزيع وفى مرتبة الرهن نفسها" .ذلك أن القانون يقضى فى هذا الصدد بأن المصروفات أصلا على الراهن (أنظر المادة ١٠٣١/٢ ، والمادة ١٠٠٥) فاذا دفعها الدائن كان له الرجوع بها على الراهن ، ويضمنها القيد الاصلى حتى ولو لم تذكر فى القائمة ، أى أنها تدخل فيما يضمنه الرهن بقوة القانون ، ولها مرتبة الرهن .

وفيما عدا ما ذكر من مصروفات أو ملحقات" كشرط جزائى أو تعويض .." فلا يضمنها الرهن الا اذا ذكرت صراحة فى القيد الاصلى ، والا لا بد من اجراء قيد خاص بها وتكون مرتبتها من تاريخ قيدها .

(٢) الفوائد : نصت المادة ١٠٠٨/٢ على أنه:" واذا ذكر سعر الفائدة فى العقد ، فانه يترتب على قيد الرهن أن يدخل فى التوزيع مع أصل الدين ، وفى نفس مرتبة الرهن فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ،والفوائد التى تستحق من هذا التاريخ الى يوم رسو المزاد ، دون مساس بالقيود الخاصة التى تؤخذ ضمانا لفوائد أخرى قد استحقت ،والتى تحسب مرتبتها من وقت أجرائها . واذا سجل أحد الدائنين تنبيه نزع الملكية انتفع سائر الدائنين بهذا التسجيل .

فالفوائد التي تستحق عن الدين المضمون ، ويضمنها القيد الاصلي ، بقوة القانون ، وتستوفى بالتقدم في مرتبة الرهن نفسها هي :

أ ـ فوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية ، متى ذكر في عقد الرهن أن الدين ينتج فوائد وسعر الفائدة ، فاذا لم يذكر ذلك في العقد لا يضمنها القيد .

ب ـ الفوائد التي تستحق بعد تسجيل تنبيه نزع الملكية الى يوم رسو المزاد وذلك متى كان قد ذكر أن الدين ينتج فوائد وسعر الفائدة في عقد الرهن .

وفي الحالتين السابقتين اذا قام أحد الدائنين بتسجيل تنبيه نزع الملكية استفاد الدائنون بهذا التسجيل .

هذه هي الفوائد التي يضمنها القيد بقوة القانون ، وهو يضمنها حتى ولو لم تذكر في قائمة القيد . أما ما عدا ذلك من فوائد فلا يضمنها القيد بقوة القانون ، بل يخصص بالنسبة لها اجراء قيد خاص ، وتكون مرتبتها من وقت قيدها بشرط أن تكون قد استحقت ، فاذا كانت هناك فوائد مستحقة وقت قيد الرهن ، وذكرت في القائمة كان لها مرتبة الدين الاصلي ، فاذا لم تذكر أمكن اجراء قيد خاص بالنسبة لها وتحسب مرتبتها من وقت قيدها .

١٧٩ ـ كيف يباشر حق التقدم : قد يتزاحم الدائن المرتهن مع دائنين عاديين ، وقد يتزاحم مع غيره من الدائنين أصحاب الحقوق الاخرى على العقار .

ولا صعوبة اذا كان ما كان التزاحم بينه وبين دائنين عاديين ، اذ يستوفى الدائن المرتهن حقه بالافضلية على الدائنين العاديين ، أيا كان تاريخ وجود حقوقهم (أنظر المادة ١٠٥٦) .

أما بالنسبة للدائنين أصحاب الحقوق الاخرى على العقار نفسه ، فان كان التزاحم

بين دائنين مرتهنين للعقار نفسه، كانت الافضلية للاسبق في القيد طبقا لما يدون في دفاتر الشهر حيث يأخذ الرهن مرتبته برقم متتابع حسب أسبقية التقديم، وتحسب الافضلية على هذا النحو، ولو كان الدائنون المرتهنون للعقار قد أجروا القيد في يوم واحد (مادة ١٠٥٦) .وتحتسب مرتبة الرهن من وقت قيده حتى ولو كان الدين المضمون بالرهن معلقا على شرط، أو كان دينا مستقبلا أو احتماليا (مادة ١٠٥٧). واذا كان المشرع قد بين في هذا الصدد مرتبة الرهن وحددها بوقت القيد، فانه لم يتعرض لما قد يثيره كيفية مباشرة التقدم عند توزيع الثمن أو المال الذى حل محل العقار قبل أن يتحقق الشرط أو قبل أن يوجد الدين المستقبل أو الاحتمالي (أنظر في هذا، منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، ص١٠٨ و١٠٩).

واذا كانت مرتبة الرهن تتحدد بوقت القيد على النحو السابق، فان المشرع قد خرج على هذا بالنسبة لحالة ما اذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزء مفرزا منه ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التى رهنها، اذ ينتقل الرهن بمرتبته الى قدر من هذه الاعيان ... متى قيد خلال ٩٠ يوما على النحو الذى بينه القانون .انما لا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه بالرهن الصادر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين (أنظر المادة ١٠٣٩).

واذا كان التزاحم بين الدائن المرتهن وأصحاب حقوق الاختصاص والرهن الحيازى فان الافضلية تكون كذلك للاسبق في القيد .أما التزاحم بينه وبين أصحاب حقوق الامتياز فان الامر يختلف بحسب نوع الامتياز. فحقوق الامتياز العامة لاتخضع لاجراء القيد ويتقدم اصحابها على الدائنين المرتهنين، أما حقوق الامتياز الخاصة العقارية فانها تخضع للقيد ويرتب أصحابها كالدائنين المرتهنين حسب تواريخ القيد، كما سنرى.

١٨٠ ــ نزول الدائن المرتهن من مرتبته: يجوز للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبه الرهن ــ لا عن الرهن ذاته ــ لدائن مرتهن آخر تال له في المرتبة، على العقار

العقار نفسه ،فيحل المتنازل اليه محل المتنازل فى حدود ما كان لهذا الاخير من حق . فالمتنازل لا يكون الا لدائن مرتهن ــ لا لدائن عادى ــ وعلى العقار نفسه . فلو كان أ و ب و جـ أصحاب رهون مقيدة على هذا الترتيب ،كان لأ أن ينزل عن مرتبته لجـ ، فيحل هذا الاخير محله فى حدود ما كان له (المتنازل) من حق . فلو فرض أن دين أ كان ٥٠٠ جنيه ودين جـ كان ١٠٠٠ جنيه،فان جـ يحل محل أ فقط فى حدود حق أ وهو ٥٠٠ جنيه . والحكمة من استلزام حلول المتنازل اليه فى حدود ما كان للمتنازل من حق هو منع الاضرار بالغير،وهو هنا ب . فلو حل جـ بكل حقه وهو ١٠٠٠ جنيه محل أ لأدى ذلك الى الاضرار بحق ب .

ويوجب القانون التأشير على هامش قيد الرهن بما يفيد حصول النزول من مرتبة الرهن (أنظر المادة ١٠٥٣) .

ولكل ذى مصلحة التمسك فى مواجهة المتنازل اليه بالدفوع التى كان يمكن التمسك بها فى مواجهة المتنازل الى حين شهر التنازل .

وقد نصت على هذا الحكم المادة ١٠٥٩ اذ قضت بأن" للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه فى حدود الدين المضمون بهذا الرهن لصلحة دائن آخر له رهن مقيد على نفس العقار . ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الاخر بجميع أوجه الدفع التى يجوز التمسك بها قبل الدائن الاول ،عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الاول اذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة" .

هذا ويرى البعض امكان التنازل فى غير حالات الرهن الرسمى ،لصاحب حق الاختصاص والمرتهن رهنا حيازيا وصاحب حق الامتياز الخاص العقارى سواء حصل النزول عن المرتبة منه أو لصالحه،وذلك لاتحاد العلة فى هذه الحقوق جميعها .

ثانيا ـ حق التتبع

١٨١ ـ التتبع في يد الحائز:

اذا ما انتقل العقار المرهون من يد الراهن ،كان للدائن المرتهن الذى قيد حقه قبل ذلك أن يتتبعه في يد من انتقل اليه العقار ، وهو الحائز ،وينفذ عليه تحت يده . واذا كان القانون يعطى الدائن المرتهن حق التتبع في يد الحائز ، فانه يدخل في الاعتبار وجود هذا الاخير ،ويمنحه حقوقا لم تكن للراهن ،فيوجب على الدائن اتخاذ اجراءات خاصة في التنفيذ قصد من ورائها التوفيق بين مصلحة المرتهن ومصلحة الحائز ومصلحة الدائنين المرتهنين جميعا .

وفي صدد الكلام عن حق التتبع نبدأ أولا بتعريف من هو الحائز الذى يتم تتبع العقار بين يديه ثم نعرض بعد ذلك لمباشرة حق التتبع ،ثم لحقوق الحائز ثم نعرض أخيرا للآثار المترتبة على بيع العقار .

١ ـ من يعتبر حائزا للعقار

١٨٢ ـ الشروط اللازمة لاعتبار الشخص حائزا:

نصت المادة ١٠٦٠/٢ على أنه " يعتبر حائزا للعقار المرهون كل من انتقلت اليه بأى سبب من الاسباب ملكية هذا العقار أو أى حق عينى آخر قابل للرهن ، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن " .

فللحائز معنى خاص في هذا الصدد .ولكى يعتبر الشخص حائزا طبقا لما أورده النص السابق ، يجب أن تتوافر شروط معينة .

١ ـ أن تكون قد انتقلت اليه ملكية العقار المرهون أو أى حق عينى آخر قابل للرهن ،فمن انتقلت اليه ملكية العقار يعتبر حائزا .ولا يهم سبب انتقال الملكية ، اذ يكفى أن يصير مالكا بأى سبب ،سواء كان تصرفا قانونيا كالبيع والوصية ،أو واقعة مادية كالتقادم (أما بالنسبة للميراث فسنعود اليه فيما يلى) .ولا يلزم أن يكون الحائز

قد انتقلت اليه الملكية الكاملة لجميع العقار ، فيكفي أن ينتقل اليه جزء منه فقط ، انما يلزم أن يكون انتقال الملكية قد تم فعلا وانتج أثره .

ويعتبر حائزا كذلك من انتقل اليه حق عيني على العقار بشرط أن يكون من الحقوق القابلة للرهن ، أي من الحقوق التي تقبل البيع مستقلة بالمزاد العلني ، وذلك كحق الانتفاع وملكية الرقبة .

ويترتب على ما سبق أنه لا يعتبر حائزا من لم تنتقل اليه الملكية فعلا كالمشتري بعقد غير مسجل كالمستأجر ، كما لا يعتبر حائزا من انتقل اليه حق عيني غير قابل لرهن كحق الاستعمال أو السكنى أو حق من حقوق الارتفاق ، أو أي حق عيني تبعي كالرهن ، لان جميع هذه الحقوق غير قابلة للرهن .

ولكي يعتبر الشخص حائزا يلزم أن يكون انتقال الملكية أو أي حق من الحقوق العينية القابلة للرهن ، قد تم بعد قيد الرهن وقبل تسجيل نزع الملكية . وعلى هذا اذا انتقلت الملكية أو أي حق قابل للرهن قبل القيد ، ما كان للدائن أن يتتبع العقار المرهون ، لان الرهن لا يكون نافذا قبل من انتقل اليه العقار أو أي حق عيني عليه . ومن جهة أخرى اذا انتقلت الملكية أو الحق بعد تسجيل التنبيه فلا يكون على الدائن انذاره ، بل له المضي في الاجراءات في مواجهة من كان مالكا قبل تسجيل التنبيه ، متجاهلا من آلت اليه الملكية ، وتكون اجراءات الدائن سليمة . وهذا ما يفهم من نص المادة ١١١٤ مرافعات جديد اذ تقضي بأنه : " اذا كان العقار مثقلا بتأمين عيني وآل الى حائز بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، وجب انذاره بدفع الدين أو تخلية العقار ، والا جرى التنفيذ في مواجهته " .

واذا كان يفهم من المادة ١١١٤ أنه يلزم اكتساب الحق بعقد مسجل قبل تسجيل التنبيه ، فما هو الحكم اذا لم يكن كسب الملكية بعقد ، ولكنه تم عن طريق التقادم ؟ هنا يجب اعمال المادة ١٠٦٠ مدني التي تعرف الحائز بأنه من انتقلت اليه الملكية

أو أي حق عيني ... " بأي سبب من الأسباب" . فالنص لم يشترط التسجيل . ويبدو أن المادة ١١١٤ مرافعات (ومن قبلها المادة ٦٢٦ من القانون الملغى) قد عرضت للحالة المألوفة وهي الحالة التي يتلقى فيها الحائز حقه بمقتضى تصرف قانوني ، ثم إنها – كما يبدو من المذكرة الإيضاحية لقانون المرافعات الملغى – لا تقصد تعريف الحائز الذي عرفه القانون المدني في المادة ١٠٦٠ .

٢ – ولكي يعتبر الشخص حائزا ، يلزم كذلك ألا يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المضمون بالرهن ، ذلك أن للحائز من الحقوق ما يتنافى مع اعتباره مسئولا مسئولية شخصية عن الدين في كافة أمواله ، إذ يخول له القانون الحق في تطهير العقار أو أن يتخلى عنه .

ولهذا لا يعتبر حائزا من اكتسب ملكية العقار أو حقا قابلا للرهن ، متى كان مسئولا عن الدين المضمون بوصفه مدينا متضامنا ، أو كفيلا شخصيا للدين .

أما بالنسبة للوارث ، فهل يعتبر مسئولا شخصيا عن الدين المضمون بالرهن أم أنه لا يعتبر كذلك؟ الواقع أننا إذا أخذنا بقاعدة أن لا تركة إلا بعد سداد الديون ، أدى بنا هذا إلى أن ملكية العقار لا تنتقل إلا بعد سداد الدين المضمون بالرهن ، أو بعبارة أخرى أن ما ينتقل إلى الوارث هو ما زاد عن قيمة الدين ، ولهذا فإنه ينتقل غير محمل برهن ، فلا محل إذن لأن يكون الوارث حائزا لعقار مرهون .

هذه هي الشروط التي يتطلبها القانون لكي يكون الشخص حائزا . إنما يلزم لاعتباره كذلك أن يظل الرهن قائما رغم انتقال الملكية ، فإذا ترتب على انتقال الملكية زوال الرهن ، فلا محل للكلام عن وجود حائز ، كما في حالة نزع الملكية للمنفعة العامة وأيلولة العقار للدولة ، وكذلك حالة بيع العقار بالمزاد العلني وفقا لأحكام قانون المرافعات ، وانتقال الملكية إلى الراسي عليه المزاد (أنظر المادة ٤٠٥ مرافعات جديد)

٢ ــ مباشرة حـق التتبـــع

١٨٣ ــ اختلاف الاجراءات في حالة بقاء العقار في يد المدين أو ما اذا كان في يد الحائز

اذا كان للدائن أن يباشر التنفيذ على العقار ، فانه يجب اتباع اجراءات خاصـة ، نظرا لوجود الحائز وما يخوله القانون من حقوق . ولا يكون للدائن مباشرة حقه فـي التنفيذ الا اذا حل أجل الدين ، حتى يكون حقه مستحق الاداء .

ويختلف الامر بالنسبة للاجراءات بين ما اذا كان العقار في يد المدين أو ما اذا كان في يد الحائز ، فاذا كان العقار في يد المدين ، يبدأ الدائن في اتخـاذ اجراءات التنفيذ باعلان تنبيه نزع الملكية ، ثم يمضي في بيع العقار في المواعيد وباتبـاع الاجراءات التي يفرضها القانون . لكن الامر يختلف اذا كان العقار في يد الحائـز ، فلا يكفي التنبيه على المدين بنزع الملكية ، بل يجب فضلا عن ذلك انذار الحائز بدفـع الدين أو تخلية العقار ، وتنص المادة ١٠٧٢ على هذا بقولها " اذا لم يختر الحائـز أن يقضي الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار فـلا يجوز للدائن المرتهن أن يتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية وفقا لاحكام قانـون المرافعات الا بعد انذاره بدفع الدين المستحق أو تخلية العقار . ويكون الانذار بعـد التنبيه على المدين بنزع الملكية أو مع هذا التنبيه في وقت واحد " . هذا الانذار بالدفع أو التخلية يجب أن يفي بالغرض المقصود منه ويبين فيه الدين المضمون والعقار المرهون . ومن الواضح أنه لا يغني عن التنبيه على المدين بنزع الملكية .

ويوجه الانذار الى الحائز الذي يكون العقار في يده وقت تسجيل تنبيه نزع الملكية ، وذلك في حالة ما اذا كان العقار قد انتقل الى يد عدة أشخاص .

واذا لم يعلن انذار الحائز انذارا صحيحا بالدفع أو التخلية ، بطلت في مواجهتـه اجراءات نزع الملكية بما فيها حكم مرسى المزاد .

على أن انذار الحائز بالدفع أو التخلية لا يعني أن كل ما يمكن أن يقوم به الحائـز هو الدفع أو التخلية ، فقد نصت المادة ١٠٦٠ / ١ على أنه " يجوز للدائن المرتهـن ...

حلول أجل الدين أن ينزع ملكية العقار المرهون في يد الحائز لهذا العقـــــار ،
الا اذا اختار الحائز أن يقضي الدين أو أن يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عنه" .
فللحائز اذا ما وجه اليه الانذار أن يقضي الدين ، أو أن يطهر العقار من الرهـــن ،
أو أن يتخلى عنه ،هذا فضلا عما يخوله القانون من وسائل يدفع بها دعوى الرهـــن ،
ولهذا نعرض فيما يلي لحقوق الحائز :

٣ ــ حقـــوق الحـــــائز

١٨٤ــ وسائل الحائز للتخلص من دعوى الرهن ، وحقوقه اذا لم يستطع التخلص منها :

متى بدأت اجراءات نزع الملكية في مواجهة الحائز بعد انذاره انذارا صحيحـا
كان له من الوسائل ما يمكنه من التخلص من دعوى الرهن ذاتها بانكار حق الدائـــن
في التتبع ،فاذا لم يستطع ذلك ،خوله القانون أحد أمور أربعة له أن يختار بينهـــا ،
اذ له اما قضاء الدين ، واما تطهير العقار ، واما التخلى عنه ، والا تحمل اجـراءات
نزع الملكية .

١٨٥ــ أ ــ الأوجه التي يتمسك بها للتخلص من دعوى الرهن :

يستطيع الحائز أن يتخلص من تتبع الدائن للعقار في يده اذا ما أثبت بطـــلان
الرهن أو انقضاءه أو عدم سريانه في مواجهته ،فله أن يدفع ببطلان الدين المضمون
أو بانقضائه ، ببطلان الرهن أو انقضائه كذلك . كما أن له أن يدفع بعدم سريــــان
الرهن في مواجهته لبطلان القيد أو لسقوطه بسبب عدم تجديده . . . ويختلف الأمـــر
بحسب ما اذا كان الدفع خاصا بالحائز نفسه أو كان من الدفوع المتعلقة بالديـــن .

أما الدفوع التي تتعلق به فهي الدفوع الخاصة بعدم سريان الرهن في مواجهته
كالدفع ببطلان القيد أو بسقوطه أو بعدم حصوله قبل تسجيل سنده .

وأما بالنسبة للدفوع المتعلقة بالمدين فالاصل أن للحائز التمسك بها ، الا أن
حقه يتحدد بصدور الحكم الذي يلزم المدين بالدين وبتسجيل سنده (سند الحائز)،

ويمكن أن نفرق بين المرحلة السابقة على تسجيل سند الحائز والمرحلة اللاحقة عليه .

(١) - قبل تسجيل سند الحائز ، اذا رفعت الدعوى على المدين وصدر الحكم عليه بالدين . فلا يكون للحائز التمسك بأى دفع كان يمكن للمدين التمسك به قبل صدور الحكم ، لانه لايكون للحائز وجود فى نظر المرتهن الا من وقت تسجيل سنده . الا أنه اذا كان الدفع من الدفوع التى لا يزال للمدين حق التمسك بها ، حتى بعد الحكم عليه بالدين - كانقضاء الالتزام بالوفاء أو المقاصة أو بغير ذلك - كان للحائز التمسك به .

(٢) أما بعد تسجيل سند الحائز ، فان له أن يتمسك بأوجه الدفع التى يكون للمدين أن يتمسك بها ، سواء كان مختصما فى الدعوى المرفوعة من المرتهن على المدين ، أو لم يكن مختصما فيها اذا رفعت على المدين وحده . فاذا رفع المرتهن الدعوى بالدين على المدين بعد تسجيل الحائز لسنده ، كان عليه أن يدخل فى الدعوى حتى يكون الحكم حجة عليه . فاذا لم يختصم الحائز ، أو لم يدخل فى الدعوى المقامة على المدين ، فلا يكون الحكم حجة عليه . وتبعا لذلك يكون له أن يتمسك بالدفوع التى كان للمدين أن يتمسك بها ، هذا بالاضافة الى ما له من حق التمسك بالدفوع التى لايزال للمدين بعد الحكم بالدين حق التمسك بها وهى الدفوع التى تتعلق بانقضاء الدين كما قدمنا ، (أنظر المادة ١٠٧٣ مدنى) .

١٨٦ - ب - حقوق الحائز الذى لا يستطيع التخلص من حق التتبع :

للحائز الخيار بين قضاء الدين ، أو تطهير العقار ، أو تخليته ، والاتحمل اجراءات نزع الملكية .

١٨٧ - (١) قضاء الدين :

يعتبر الحائز صاحب مصلحة فى الابقاء على العقار فى يده . ولهذا يكون له أن يفى بالدين لتلافى التنفيذ على العقار . واذا كان الاصل أن له الخيار فى الوفاء بالدين ،

الا أنه قد يجبر على الوفاء في بعض الاحيان . ونتكلم عن الوفاء الاختياري الذي يقوم به الحائز ، ثم عن الوفاء الاجباري

أ ـ الوفاء الاختياري : للحائز أن يدفع الدين المضمون عند حلول الاجل ، متى رأى أن مصلحته في ذلك ، كما اذا كان الدين أقل من ثمن العقار ، ولم يكن قد قام بالوفاء بهذا الثمن بعد . لانه اذا وفى الدائن المرتهن تخلص من تتبع هذا الاخير للعقار ، سواء أدى ثمنه من الثمن كله أو بعضه في نفس الوقت .

وحق الحائز في الوفاء يقوم من وقت حلول أجل الدين المضمون بالرهن ، وهو الوقت الذي يستطيع فيه المدين نفسه الوفاء بالدين ويظل له هذا الحق الى يوم رسو المزاد ، وان كان من مصلحته الاسراع في الوفاء ، اذ كلما تأخر ، سارت اجراءات نزع الملكية .

واذا ما قام الحائز بالوفاء فانه يجب أن يدفع الدين المضمون بالرهن هو والملحقات التي يضمنها الرهن ، كما يقوم كذلك بدفع ما صرف في الاجراءات من وقت انذاره بالدفع أو التخلية فاذا لم يقم الحائز الا بوفاء جزء فقط من هذه المبالغ فان ذلك لا يمنع الدائن المرتهن من الاستمرار في التنفيذ بالباقي تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن .

رجوع الحائز : ويرجع الحائز بكل ما وفاه على المدين وعلى المالك السابق للعقار المرهون ، وهو رجوع على المدين بدعوى الاثراء ، فيرجع بقدر ما برئت منه ذمة المدين بسبب ما قام به (الحائز) من وفاء . والغرض أنه لا يكون في ذمة الحائز مبالغ باقية للمدين من ثمن العقار ، والا فانه لا يرجع على المدين الا بما دفعه زيادة عما كان مدينا له به . أما بالنسبة للمالك السابق الذي نقل الملكية الى الحائز ـ وقد يكون هو المدين نفسه ، أو الراهن اذا كان غير المدين ، أو شخصا تلقى الملكية من الراهن ـ فان الحائز يرجع بدعوى الضمان اذا كان سنده يسمح بذلك ، كما اذا كان قد تلقى حقه بالبيع أو المقايضة (انظر المادة ١٠٤٢) . أما اذا كان قد تلقى

حقه بدون مقابل كالهبة والوصية ، فلا يكون له — في الاصل — رجوع على سلفه .

حلول الحائز محل الدائن المرتهن في حقوقه وتأميناته — نصت المادة ١٠٦١ م على أنه يكون للحائز أن " يحل محل الدائن الذي استوفى الدين فيما له من حقوق ، الا ما كان منها متعلقا بتأمينات قدمها شخص آخر غير المدين " . وحلول الحائز في هذه الحالة محل الدائن حلول قانوني ، ويكون له أن يحل محل الدائن الذي استوفى الدين في كل ما لهذا الدائن من حقوق ، سواء كان الحائز قد آل اليه حقه على العقار عن طريق الشراء أم غيره . اذ نص المادة ١٠٦١ عام في هذا الصدد ، لا يقتصر على حالة شراء الحائز للعقار (قارن المادة ٢٢٦ ج مدني) . واذا كان الحائز يحل محل الدائن الذي استوفى الدين في تأميناته ، فانه يفرق بين التأمينات المقدمة من المدين والتأمينات المقدمة من غير المدين .

أما بالنسبة للتأمينات المقدمة من المدين ، وهي التأمينات المقررة على العقار الذي في يد الحائز والتأمينات المقررة على عقارات أخرى للمدين ، فان الحائز يحل فيها محل الدائن بمرتبته . واذا كان الحائز يحل في حق الرهن المقرر للدائن على العقار الذي في يده هو نفسه ، فان لهذا الحلول أهميته متى كانت هناك رهون أخرى مقيدة على العقار نفسه وسارية في مواجهة الحائز ، وكانت هذه الرهون في مرتبة تالية . فاذا ما نفذ أحد الدائنين المرتهنين المتأخرين في المرتبة على العقار كان للحائز أن يتمسك عند توزيع ثمن العقار بحلوله محل الدائن السابق في المرتبة ويستوفى بذلك ما دفعه . ولهذا فانه يتعين على الحائز — حتى يستفيد من مرتبة الدائن في هذه الحالة — أن يقوم بالمحافظة على قيد الرهن ، فتظل له مرتبته . وتنص المادة ١٠٦٢ م في هذا على أنه " يجب على الحائز أن يحتفظ بقيد الرهن الذي حل فيه محل الدائن ، وأن يجدده عند الاقتضاء ، وذلك الى أن تمحى القيود التي كانت موجودة على العقار وقت تسجيل سند هذا الحائز " .

على أنه اذا كان الحائز يستفيد من الرهون التي قدمها المدين ، فان حقه

يفيد بما تورده القواعد العامة فى حالة تعدد الحائزين ، اذ تقضى المادة ٢٣١ بأنه " اذا وفى حائز العقار المرهون كل الدين وحل محل الدائنين ،فلا يكون له بمقتضى هذا الحلول أن يرجع على حائز لعقار آخر مرهون فى ذات الدين ،الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقار" .

أما بالنسبة للتأمينات المقدمة من غير المدين ،كالكفالة الشخصية أو العينية — وذلك بفرض أن الدين مضمون برهن مقرر على عقار للمدين انتقلت ملكيته الى الحائز بكفالة — فانه لا يكون للحائز الذى وفى للدائن وحل محله أن يستفيد منها وهذا ما يتضح من المادة ١٠٦١ ،ذلك أنه لو فرض أن العقار لم ينتقل من المدين الى الحائز، لما كان لهذا المدين أن يرجع على الكفيل فى حالة التنفيذ عليه . فلا يصح أن يسوء مركز الكفيل لمجرد تصرف المدين فى الدين .

ب — الوفاء الاجبارى : اذا كان الاصل أن يقوم الحائز بالوفاء باختياره، الا أن القانون يخول للدائنين الحق فى الزامه بالدفع ،وذلك فى حالتين :

١ — اذا كان الحائز قد تملك العقار المرهون ،وبقى فى ذمته بسبب ذلك ،مبلغ مستحق الاداء حالا يكفى لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار، فانه يكون لكل من هؤلاء الدائنين أن يجبره على الوفاء بحقه ،انما يشترط أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته وذلك حتى لا يستجد دائنون ينفذ حقهم قبله .

وواضح فى هذه الحالة ان الحائز هنا مدين بسبب امتلاكه العقار، فلا يوجد ما يمنع من أن يوفى بالثمن الدائنين ،متى كان يكفيهم جميعا ، ومتى كان مستحق الاداء . اذ لا مصلحة له فى أن يدفع المستحق فى ذمته للراهن ، فيجوز للدائن المرتهن أن يجبره على الوفاء له هو .

٢ — اذا كان الدين الذى فى ذمة الحائز غير مستحق الاداء حالا ، أو كان أقل من الديون المستحقة للدائنين ، أو مغايرا لها ، فانه يجوز للدائنين جميعا أن يطالبوا

الحائز يدفع ما في ذمته بقدر ما هو مستحق لهم ،بشرط أن يتفقوا على ذلك ،وأن يكون الدفع طبقا للشروط التي التزم الحائز في أصل تعهده ، أن يدفع بمقتضاها ،وفي الاجل المتفق على الدفع فيه .

والحائز في هذه الحالة لن يضار ، متى كان سيدفع طبقا للشروط التي التزم بهما ، وفي الاجل المحدد ،وإذا ما دفع تخلص من الرهون ،ولو كان ما دفعه أقل من الديون المضمونة .

ـ هاتان هما الحالتان اللتان يجبر فيهما الحائز على الوفاء بالدين ، وهو يعد ملتزما التزاما شخصيا ليس فقط بضمان العقار ، بل وأيضا بضمان أمواله جميعهـا . ولهذا لا يجوز له القانون أن يتخلص من التزامه بالوفاء للدائنين بالتخلي عن العقار . وإذا ما قام بالوفاء للدائنين على النحو السابق ،تحرر العقار من الرهون ، ولو لم يكن ما دفعه كافيا للوفاء بكل الديون المضمونة ، ويكون له الحق في محو ما على العقار من القيود (أنظر المادة ١٠٦٣) .

١٨٨ ــ ٢ ــ تطهير العقار :

أجاز القانون للحائز الذي سجل سند ملكيته التخلص من سريان الرهن في مواجهته عن طريق تطهير العقار ، أي عن طريق تحريره من الرهون التي يتحمل بها عوضا له بعرض قيمته على المرتهنين الذين تسري رهونهم في مواجهته ،وهم أصحاب الرهون التي تم قيدها قبل تسجيل الحائز لسند ملكيته . وتنص المادة ١٠٦٤/١ على هذا بقولها" يجوز للحائز اذا سجل سند ملكيته أن يطهر العقار من كل رهن تم قيده قبل تسجيل هذا السند" .

فاذا قبل الدائنون المرتهنون العرض الذي قام به الحائز تحرر العقار بدفع القيمة المعروضة ، وإذا لم يقبلوا ،طمعا في الوصول الى ثمن أزيد ، بيع العقار بالمزاد ،وتحرر من الرهون كذلك .

والتطهير يحرر العقار من جميع الرهون التى توجه اجراءاته الى أصحابها ، واذا كانت الديون على العقار أكثر من قيمته ،فلا يلزم الحائز بدفع أكثر من قيمة العقـــار .
وهذا ما لا يكون فى حالة ما اذا لجأ الحائز الى دفع الديون ،ذلك أن دفع الديون يحول فقط دون استمرار الدائن الذى رفع له دينه فى التنفيذ على العقار ، ولا يمنع غيره من الدائنين الاخرين من تتبع العقار ، لان دفع الدين لا يحرر العقار من الرهن ويكون للحائز أن يحل محل الدائن فى حقوقه ومنها الرهن على العقار نفسه ،كما أنـه اذا كان الحائز يعرض قيمة العقار فى حالة التطهير ،فان الامر قد يقتضيه أكثر من ذلك بالنسبة للوفاء بالديون .

والحائز يختار التطهير اذا كانت قيمة العقار أقل من الديون المضمونة ، اذ يتحرر العقار من هذه الحالة دون أن يلزم بدفع أكثر من قيمته .

واذا كان للتطهير مزايا ، بالنسبة للحائز ، فانه قد يكون للدائنين مصلحة فيـــه ، اذ يستوفون حقوقهم من قيمة العقار ، دون حاجة الى اتباع اجراءات نزع الملكية ومـا تتطلبه من وقت ونفقات ،فضلا عن أنها لا تسفر لها الا على القيمة التى عرضها الحائز .

الا أنه اذا كان التطهير يفيد الدائنين على هذا الوجه ،فانه قد يكون ضـــارا بمصالحهم وخاصة اذا كان استيفاء ديونهم قبل حلول الاجل وكانت هذه الديـــــون بفوائد مرتفعة ، لانهم بذلك يحرمون من استثمارها ،كما أنه قد يترتب على التطهـــير الزام الدائن المرتهن بقبول الوفاء الجزئى اذا كانت قيمة العقار لا تكفى لدفع دينكله .

والتطهير يفيد الراهن كذلك ، اذ أنه يسهل له الحصول على مشتر للعقــــار ، لان المشترى يعلم أن له أن يطهر العقار ، فى حدود قيمته ، فلا يحجم عن الشراء ، وبهذا لا تقف الرهون فى سبيل تداول العقارات ، فلا يضار الصالح العام كذلك .

هذه فكرة عن التطهير ، وما له من مزايا ، ونعرض فيما يلى لبيان : من يجوز لـه التطهير ، ومتى يجوز به ، واجراءات التطهير ، وآثاره .

١٨٦ — من يجوز له التطهير؟

يجوز التطهير للحائز، بشرط أن يكون هذا الحائز قد سجل سنده. والحائز الذي يجوز له التطهير هو الحائز الذي عرفناه فيما سبق، وهو من انتقلت اليه ملكية العقار المرهون أو أي حق عيني آخر قابل للرهن، دون أن يكون مسئولا مسئولية شخصية عن الدين المرهون.

أما بالنسبة لانتقال الملكية أو أي حق عيني قابل للرهن، فانه يلزم في هذه الحالة أن يكون الحائز قد سجل سند ملكيته، وفي الاحوال التي يلزم فيها ذلك بطبيعة الحال. وان يكون هذا التسجيل قد تم قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ذلك أن تسجيل سنده بعد هذا التاريخ لا يسري في حق الدائنين المقيدين ولا في حق الدائنين العاديين الحاجزين للتنفيذ. والغرض من تسجيل سند الملكية هو تحديد الرهون التي يجب تطهيرها وهي الرهون السابقة عليه. أما القيود اللاحقة فلا يحتج بها على الحائز.

فاذا لم يكن سند الملكية قابلا للتسجيل، كما هو الحال في حالة تملك الحائز بواقعة مادية كالتقادم، فانه من وقت هذا التملك لا يكون لاي رهن يعطى على العقار من غير الحائز قيمة في مواجهته. ويكون للحائز في هذه الحالة أن يطهر العقار من الرهون السابقة على وقت تملكه بالتقادم، متى كانت تلك الرهون باقية لم تسقط.

والحائز الذي اكتسب الملكية على النحو السابق يكون له أن يطهر العقار من الرهون التي تسري في مواجهته سواء كان قد كسب الملكية كلها أو جزءا منها فقط، وسواء كان قد تملك ملكية مفرزة أو ملكية شائعة. وفي حالة ما اذا انتقل اليه جزء من العقار فقط، فانه يطهر هذا الجزء الذي انتقل اليه.

ولكي يقوم الحائز بالتطهير لا يلزم أن تكون الملكية قد انتقلت اليه بصفة باتة، فقد يكون مالكا تحت شرط، ومع ذلك يكون له التطهير. لكن يتعين وقت التطهير أن يكون

مالكا ، ولهذا يحق التطهير للمالك تحت شرط فاسخ وان كانت ملكيته مهددة بالزوال ، ولا يحق للمالك المعلقة ملكيته على شرط واقف لانه لا يصير مالكا الا بتحقق الشرط ، فهو ليس مالكا فى الحال . لكن ما الحكم اذا ما قام المالك تحت شرط فاسخ بالتطهير ثم تحقق الشرط؟ يؤدى تطبيق قاعدة زوال الملكية بأثر رجعى الى القول باعتبار التطهير كأن لم يكن لحصوله من غير ذى صفة . ولكن المادة ١٠٨٣ مدنى قد خرجت على ذلك فقضت بأنه" اذا تمت اجراءات التطهير ، انقضى حق الرهن الرسمى نهائيا ، ولو زالت لاى سبب من الاسباب ملكية الحائز الذى طهر العقار" .

هذا ، واذا كان الحائز هو من يكتسب الملكية أو أى حق قابل للرهن على النحو السابق ، فانه يلزم ألا يكون ملتزما شخصيا عن الدين المرهون ، والا ما كانت هناك فائدة من التطهير ، اذ لو أجرى الحائز التطهير وهو ملتزم التزاما شخصيا ، فانه يظل مسئولا ليس فقط فى حدود العقار ، بل وأيضا فى أمواله الاخرى . ويراعى أن الحائز متى كان مجبرا على الوفاء بديون الدائنين طبقا لما جاءت به المادة ١٠٦٣ ، فانه يعتبر ملتزما التزاما شخصيا بالوفاء بهذه الديون ، وبالتالى لا يكون له أن يطهر العقار .

١٩٠ ــ متى يجوز التطهير؟

نصت المادة ١٠٦٤ / ٢ على أن للحائز أن يستعمل هذا الحق ، حتى قبل أن يوجه الدائنون المرتهنون التنبيه الى المدين أو الانذار الى هذا الحائز ، ويبقى هذا الحق قائما الى يوم ايداع قائمة شروط البيع" .

فللحائز أن يقوم بالتطهير فى أى وقت بعد أن يصير حائزا تتوافر فيه الشروط السابق بيانها ، بصرف النظر عن حلول أجل الدين أم لا ــ خلافا لحالة قضاء الدين ــ وبصرف النظر كذلك عما اذا كان الدائنون المرتهنون قد وجهوا التنبيه الى المدين أو الانذار الى الحائز ، أو لم يقوموا بذلك . أى يكون له اتخاذ اجراءات التطهير حتى ولو لم يشرع أحد من الدائنين فى التنفيذ .

ويظل هذا الحق للحائز الى يوم ايداع قائمة شروط البيع ، ذلك أنه بعد ايداع هذه القائمة يصبح العقار معدا للبيع بالمزاد ، واذا رغب الحائز عرض قيمته ، فما عليه الا أن يتقدم في المزاد .

١٩١ـ اجراءات التطهير:

تبدأ اجراءات التطهير بعرض قيمة العقار ، واذا ما تمت اجراءات العرض ثار التساؤل عن الاثر المترتب عليه ولهذا نتكلم عن الاحكام الخاصة بالعرض والآثار المترتبة عليه :

١ ـ العرض : اذا اراد الحائز تطهير العقار وجب عليه أن يعلن الى أصحاب الحقوق المقيدة على العقار والسارية في مواجهته ، يعلن رغبته في تطهير العقار ، ويعرض عليهم القيمة التي يقدرها له ، مع مراعاة القيود التي يوردها القانون على حريته في التقدير ، كما سنرى .

ويتم اعلان أصحاب الحقوق سالفي الذكر برغبة الحائز في التطهير وبالقيمة التي يعرضها في مواطنهم المختارة المذكورة في القيد ، فاذا لم يكونوا قد عينوا مواطن مختارة صح أعلانهم في قلم كتاب المحكمة التي يقع العقار المرهون في دائرتها ، فاذا لم يعلن الا البعض منهم دون الاخرين ، ترتب على ذلك الا يكون لتلك الاعلانات أي أثر بالنسبة لمن لم يعلنوا ، ويكون لهم أن يباشروا حقهم في التتبع . وقد أوجب القانون أن تشتمل الاعلانات على بيانات معينة ، من شأنها أن تطلع الدائنون على حالة العقار المرهون بالدقة وما قد يثقله من تكاليف ، وبذلك يستطيع كل منهم أن يحدد موقفه من العرض الذي يقدمه الحائز ، فيقبل هذا العرض أو يرفضه على ضوء ما يمكن أن يناله من القيمة المعروضة .

والبيانات التي يجب أن تشتمل عليها الاعلانات التي يعرض فيها الحائز قيمة العقار والتي نص عليها القانون هي :

أ ـ خلاصة من سند ملكية الحائز ، تقتصر على بيان نوع التصرف وتاريخه واسم المالك السابق للعقار مع تعيين هذا المالك تعيينا دقيقا ، ومحل العقار مع تعيينه بالدقة . واذا كان التصرف بيعا يذكر أيضا الثمن وما عسى أن يوجد من تكاليف تعتبر جزءا من هذا الثمن .

ب ـ تاريخ تسجيل ملكية الحائز ورقم هذا التسجيل .

جـ ـ المبلغ الذى يقدره الحائز قيمة للعقار ، ولو كان التصرف بيعا ويجب ألا يقل هذا المبلغ عن السعر الذى يتخذ اساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، ولا أن يقل فى أى حال عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان الثمن بيعا .

ومن الواضح بالنسبة لهذا البيان أن للحائز أن يقدر قيمة العقار ، وهو حر فى هذا التقدير ، حتى ولو كان التصرف بيعا ، أى أنه لا يتقيد فى تقديره بالثمن الذى اشترى به ، فيصح له أن يعرض أزيد أو أقل منه . فاذا لم يكن قد تملك بالشراء بل عن طريق الهبة أو الوصية مثلا ، كان له أن يعرض القيمة التى يقدرها للعقار . واذا كان الاصل هو حرية الحائز فى التقدير على هذا النحو ، فان القانون يقيد من حريته بألا يقل المبلغ الذى يقدره عن السعر الذى يتخذ أساسا لتقدير الثمن فى حالة نزع الملكية ، وفى جميع الاحوال ينبغى ألا يقل التقدير عن الباقى فى ذمة الحائز من ثمن العقار اذا كان التصرف بيعا .

هذا ويراعى أنه اذا كانت أجزاء العقار مثقلة برهون مختلفة ، فانه يجب تقدير قيمة كل جزء على حدة .

د ـ ويجب أن تشتمل الاعلانات كذلك على قائمة بالحقوق التى تم قيدها على العقار قبل تسجيل سند الحائز تشتمل على بيان تاريخ هذه القيود ، ومقدار هذه الحقوق ، واسماء الدائنين .

هذه هى البيانات التى يجب على الحائز ذكرها وبوجب القانون ، فضلا عن ذلك ،

أن يذكر الحائز فى الاعلان استعداده لان يفى بالديون المقيدة الى القدر الـذى قوم به العقار، وليس له أن يصحب العرض بالمبلغ نقدا ، بل ينحصر العرض فى اظهار استعداده للوفاء بمبلغ واجب الدفع فى الحال ، أيا كان ميعاد استحقاق الديـون المقيدة (م ١٠٦٦).

بالحكم اذا تخلف بيان من البيانات السابقة؟ يمكن القول قياسا على ما أورده القانون بشأن البيانات الخاصة بقائمة القيد ، بأنه لا يترتب على عدم ذكر بيـان مـن البيانات أو عدم الدقة فيه البطلان الا كان هناك ضرر. واذا ما أبطل العرض الـذى قام به الحائز بالنسبة لاحد الدائنين ، فانه لا يوجد ما يمنع من اعادة اعلانه على الوجه الصحيح متى أمكن ذلك.

٢ – الاثار التى تترتب على العرض : اذا تم العرض صحيحا ، ترتب على ذلـك آثار بالنسبة للحائز نفسه وبالنسبة الى الدائنين .

واما بالنسبة للحائز فانه يلتزم به على أساس ارادته المنفردة ، ويظل ملتزمـا طيلة المدة التى يكون فيها للدائنين أن يظهروا رغبتهم خلالها ، وهى مدة ٣٠ يومـا من وقت اعلان العرض.

أما بالنسبة للدائنين فلهم الخيار بين قبول العرض أو رفضه وبيع العقار بالمزاد .

أ – فاذا وافق الدائنون جميعا على العرض الذى تقدم به الحائز صراحـــة ، أو سكتوا عن طلب بيع العقار خلال مدة ٣٠ يوما وهى المدة التى نص عليها القانـون من تاريخ اعلان العرض ، مضافا اليها مواعيد المسافة ، اعتبر العرض مقبولا ، وفى هـذه الحالة يجب على الحائز أن يدفع المبلغ المعروض للدائنين أصحاب الحقوق الذين تسمح مرتباتهم باستيفاء حقوقهم ، أو يودع هذا المبلغ خزانة المحكمة ، وبقبول الدائنين مـا عرضه الحائز صراحة أو ضمنا ، يصبح هذا الاخير ملتزما بدفع القيمة المعروضة التزامـا شخصيا ، ويقتصر حق الدائنين على المبلغ المعروض فقط ، حتى ولو بيع العقار بأكـثر من ذلك.

واذا ما قام الحائز بدفع القيمة المعروضة للدائنين المقيدين حسب مراتبهم ، أو بايداعها خزانة المحكمة ترتب على ذلك تطهير العقار من الحقوق التي كانت تثقله ، وتستقر ملكية العقار نهائيا للحائز ، خالصة من كل حق مقيد (م ١٠٧٠) .

ب ـ اما اذا لم يوافق الدائنون أو كفلاؤهم على العرض الذى تقدم به الحائز ، بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويجيز القانون لكل دائن قيد حقه ، ولكل كفيل لحق مقيد ان يطلب بيع العقار المطلوب تطهيره ، ويلزم أن يحصل طلب البيع خلال ثلاثين يوما من آخر اعلان رسمى ، ويضاف الى هذه المدة مواعيد المسافة ما بين الموطن الاصلى للدائن وموطنه المختار ، على ألا تزيد هذه المواعيد على ثلاثين يوما أخرى (م ١٠٦٧) . ومدة الثلاثين يوما ـ مضافا اليها مواعيد المسافة ـ تسرى بالنسبة الى كل دائن على حدة ، ولكن العرض الذى تقدم به الحائز لا يصير نهائيا ويرتب أثره الا اذا انقضت المدة بالنسبة لجميع الدائنين ، لانه اذا طلب أحدهم بيع العقار ، فانه يباع ولو وافق باقى الدائنين على العرض .

وقد بين القانون ما يجب اجراؤه اذا ما طلب بيع العقار فقرر أن يكون طلب البيع باعلان يوجه الى الحائز والى المالك السابق للعقار المرهون ، وهو الذى آلت منه الملكية الى الحائز ، وبذلك تتاح لهذا المالك الفرصة لمعرفة ما يعرضه الحائز وانه لا يقل عما هو ملتزم به بسبب تملك العقار .

ويجب أن يكون طلب البيع الموجه الى الحائز أو الى المالك السابق ، موقعا من الطالب أو ممن يوكله فى ذلك توكيلا خاصا . كما يجب أن يودع الطالب خزانة المحكمة مبلغا كافيا لتغطية مصروفات البيع بالمزاد ، ولا يكون له أن يسترد ما أنفق من هذه المصروفات الا اذا رسا المزاد بثمن أعلى من الثمن الذى عرضه الحائز ، وهو يسترد هذه المصروفات من الراسى عليه المزاد . أما اذا لم يرس المزاد بثمن أعلى من المبلغ الذى عرضه الحائز ، فلا يجوز لطالب البيع أن يسترد ما أنفق .

واذا لم يستوف طلب البيع الشروط السابقة وقع هذا الطلب باطلا .

وإذا ما طلب أحد الدائنين أو الكفلاء بيع العقار على النحو السابق واستوفى الطلب الشروط المطلوبة ، التزم الطالب بطلبه ، فلا يجوز له أن يتنحى عنه إلا بموافقة جميع الدائنين المقيدين ، وجميع الكفلاء ، واستلزام موافقة هؤلاء على تنحي الطالب عن طلبه بيع العقار ، هو أن امتناعهم عن طلب البيع ، قد يكون اعتمادا على الطلب الذي قام به أحدهم .

١٩٢ـ أثر طلب البيع :

متى تقدم أحد الدائنين أو الكفلاء بطلب البيع على النحو السابق ، فانه يجب طرح العقار في البيع بالمزاد . ويتم البيع بناء على طلب صاحب المصلحة في التعجيل من طالب أو حائز . ويجب القانون اتباع الاجراءات المقررة في قانون المرافعات في البيوع الجبرية . وهي اجراءات بيع العقار بالمزاد العلني . ويجب على من يباشر الاجراءات أن يذكر في اعلانات البيع المبلغ الذي قوم به العقار (م ١٠٦٩ / ١) .

وإذا عرض العقار للبيع بالمزاد ، ولم يتقدم أحد بمبلغ أكبر مما عرضه الحائز رسا المزاد على هذا الاخير . وفي هذه الحالة لا يلتزم الحائز الا بدفع المبلغ الذي عرضه ، ويتحمل طالب البيع بمصروفاته .

أما اذا تقدم أحد المزايدين بمبلغ يزيد عما عرضه الحائز ، رسا المزاد على صاحب أكبر عرض . ويلزم من رسا عليه المزاد بأن يدفع المبلغ الذي رسا به المزاد ، كما يلتزم بأن يرد الى الحائز الذي نزعت ملكيته المصروفات التي انفقها في سند ملكيته ، وفي تسجيل هذا السند ، وفيما قام به من اعلانات ، كما يلزم كذلك بالمصروفات التي اقتضتها اجراءات التطهير ، هذا فضلا عن التزامه بأن يدفع لطالب البيع المصروفات التي انفقها لاجرائه (م ١٠٦٩ / ٢) .

والمبلغ الذي يرسو به المزاد ، أي يتم به البيع ، يدفع للدائنين حسب مراتبهم أو يودع خزانة المحكمة ، وإذا ما تم ذلك ، وسجل حكم مرسى المزاد انتقلت الملكية الى

الراسي عليه المزاد (من وقع عليه البيع) خالصة من الرهون الرسمية والحيـــــازة وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز .

١٦٣ـ آثار التطهير:

اذا قبل الدائنون العرض الذى تقدم به الحائز أو طلب أحدهم بيع العقـــار بالمزاد ولم يتقدم مزايد بعطاء أكبر من العرض الذى تقدم به استقرت ملكية العقـــار نهائيا له (للحائز) خالصة من كل الحقوق المقيدة متى قام بدفع المبلغ الـــذى قوم به العقار أو بايداعه خزانة المحكمة ، سواء كانت آجال الديون قد حلت أم لـــم تحل بعد ، وسواء استوفى الدائنون حقوقهم كاملة أم لا ، وفى هذه الحالة الاخيرة يكون لمن لم يستوف حقه كاملا أن يرجع بالباقى على مدينه .

واذا رسا المزاد على غير حائز ، فان الملكية تخلص له مطهرة من الحقـــوق المقيدة ، وانما يكون ذلك لا نتيجة للتطهير ، ولكن نتيجة لحكم مرسى المزاد .

ويراعى أن التطهير لا يحرر العقار الا من الحقوق التى كانت تثقله قبل تسجيل سند الحائز ، اما الحقوق التى تم قيدها بعد هذا التسجيل ، سواء كانت هـــذه الحقوق قد ترتبت من الحائز نفسه ، أو ترتبت فى مواجهته ، فلا تزول الا اذا بيع العقار بالمزاد ورسا المزاد على غير الحائز ، ولا تزول هذه الحقوق الاخيرة نتيجة التطهير ، بل نتيجة لرسو المزاد ، وسنعود الى ذلك مرة أخرى .

١٦٤ـ ٣ ـ تخلية العقار:

اذا لم يقم الحائز بقضاء الدين ، ولم يلجأ الى التطهير ، ظل الرهن قائمـــا ، ويكون للمرتهن أن يطالب ببيع العقار ، الا أن القانون مع ذلك يعطى للحائز الخيـــار بين أن تتخذ اجراءات نزع الملكية فى مواجهته ، وبين أن يتخلى عن العقار . والغرض من تخلية العقار هو تخلص الحائز من أن تباشر اجراءات نزع الملكية فى مواجهتـــه ، وانما تباشر فى مواجهة حارس أو أمين تعينه المحكمة ، وذلك حتى لا يظهر اســـم

الحائز في الاعلانات ما قد يسيء الى سمعته ، وحتى يكفي الحائز نفسه مئونة ادارة العقار خلال فترة اتخاذ اجراءات نزع الملكية .

١٩٥ــ لمن تجوز التخلية :

لا تجوز التخلية الا للحائز على المعنى الذى حددناه من قبل ، كما تجوز أيضا للكفيل العيني فقط دون الكفيل الشخصي ، لأن التخلية لا تتنافى مع التزام الكفيل العيني ببقاء الرهن . وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٥١/٢ بقولها : " واذا كان الراهن شخصا آخر غير المدين جاز له أن يتفادى أي اجراء موجه اليه اذا هو تخلى عن العقار المرهون وفقا للاوضاع وطبقا للاحكام التى يتبعها الحائز في تخلية العقار" .

واذا كانت التخلية تجوز للحائز ، فانه يلزم الا يكون ملتزما التزاما شخصيا بالدين . ولهذا لا تجوز التخلية للكفيل الشخصي ولا للمدين المتضامن الذى اشترى العقار المرهون ضمانا للوفاء بالدين . ولا تجوز التخلية لمن اشترى العقار وكان في ذمته مبلغ مستحق الاداء يكفي لوفاء جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار ، أو اذا اكتفى الدائنون بما هو مستحق في ذمته لسداد ديونهم طبقا لما بينا من قبل بصدد الكلام عن الوفاء الاجبارى بالدين (مادة ١٠٦٣) . ذلك أن الحائز يكون ملتزما شخصيا بالدين . ولا تجوز التخلية كذلك للحائز الذى قام بعرض قيمة العقار على الدائنين بقصد تطهيره وقبل منه هذا العرض صراحة أو ضمنا ، لانه يلتزم شخصيا بالقيمة المعروضة . ولا يجوز التخلية للحائز الذى يلتزم بدفع ثمن العقار لمرتهنيه ، وسواء التزم قبلهم مباشرة أو تعهد بذلك لمن باع له وقبل الدائنون ذلك . وفي كل الاحوال يلزم الا يكون الحائز الذى يرغب في تخلية العقار ، ملتزما شخصيا بالدين .

١٩٦ــ متى تجوز التخلية :

يكون للحائز أن يتخلى عن العقار من وقت أن يوجه اليه الانذار بالدفع أو التخلية ويظل له هذا الحق الى حين رسو المزاد ، ذلك أن الغرض من التخلية هو تفادى

توجيه اجراءات التنفيذ الى الحائز، وهذا ما يظل قائما الى حين تمام الاجراءات ورسو المزاد .

١٩٧ـ اجراءات التخلية :

تكون تخلية العقار المرهون بتقرير يقدمه الحائز الى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ثم يجب على الحائز أن يطلب من مكتب الشهر العقاري التأشير بذلك في هامش تسجيل التنبيه بنزع الملكية ، وعليه بعد ذلك أن يعلن الدائن المباشر للاجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها .

هذه هي الاجراءات التى نص عليها القانون (م ١٠٧١/١) ، فاذا لم تستوف هذه الاجراءات وقعت التخلية باطلة ، وجاز للدائنين مباشرة اجراءات التنفيذ في مواجهة الحائز . واذا وقعت التخلية صحيحة فانه يجوز لمن له مصلحة في التعجيل أن يطلب الى قاضى الامور المستعجلة تعيين حارس تتخذ في مواجهته اجراءات نزع الملكية ، ويعين الحائز حارسا اذا طلب ذلك ، لان ظهور اسمه في الاجراءات كحارس ، لا يسيء الى سمعته بقدر ما يسيء اليه باعتباره مالكا تنزع ملكيته .

١٩٨ـ أثر التخلية :

لا يترتب على التخلية الا أن تباشر اجراءات التنفيذ في مواجهة حارس أو أمين تعينه المحكمة . انما لا يترتب عليها منع التنفيذ على العقار أو وقفه . كما لا يترتب عليها تنازل الحائز عن ملكه ، بل يظل مالكا للعقار ، وبالتالى يكون له أن يوقف اجراءات التنفيذ على العقار عن طريق الوفاء بجميع الديون المقيدة والمصروفات التى انفقت في الاجراءات من وقت انذاره بالدفع أو التخلية .

١٩٩ـ ٤ ـ تحمل اجراءات نزع الملكية :

اذا لم يختر الحائز أن يقضى الديون المقيدة أو يطهر العقار من الرهن أو يتخلى عن هذا العقار ، يتخذ الدائن المرتهن في مواجهته اجراءات نزع الملكية ،

وفقا لاحكام قانون المرافعات. وقد سبق أن بينا أنه يجب انذار الحائز بالدفع أو التخلية بعد التنبيه على المدين أو مع هذا التنبيه في وقت واحد (مادة ١٠٧٢) .

واذا ما وجه الانذار الى الحائز كان له حق المعارضة فيه، وقد سبق أن رأينا أن للحائز أن يتمسك بالدفوع الخاصة به وبالدفوع الخاصة بالدين في حدود ما نصت عليه المادة ١٠٧٣ . فاذا لم يكن للحائز وجه من أوجه المعارضة أو سبيل يدفع به دعوى الدائن المرتهن، تسير اجراءات نزع الملكية في مواجهته وفقا للأوضاع المقررة حتى يتم بيع العقار بالمزاد، ويحق للحائز أن يدخل في المزاد على شرط ألا يعرض فيه ثمنا أقل من الباقي في ذمته من ثمن العقار الجاري بيعه (م ١٠٧٤) . وينتهي الامر برسو المزاد اما على الحائز نفسه واما على غيره. ونبين فيما يلي الاثار التي تترتب على رسو المزاد .

٤ ـ الاثار المترتبة على بيع العقار

٢٠٠ ـ ملكية الحائز للعقار حتى رسو المزاد :

اذا ما طرح العقار في المزاد ، سواء كان ذلك نتيجة مباشرة نزع الملكية في مواجهة الحائز أو في مواجهة الحارس بعد تخليه الحائز للعقار، أو كان نتيجة لعدم قبول أحد الدائنين القيمة التي عرضها الحائز لتطهير العقار، فان الحائز يظل في كل هذه الحالات مالكا للعقار المرهون الى حين رسو المزاد . واذا رسا المزاد . فاما أن يرسو على الحائز واما أن يرسو على شخص آخر .

٢٠١ ـ أ ـ رسو المزاد على الحائز : اذا رسا المزاد على الحائز نفسه اعتبر مالكا للعقار بمقتضى سند ملكيته الاصلي، وليس من وقت رسو المزاد . ومعنى ذلك أن رسو المزاد يكون مؤكدا لانتقال الملكية، ولهذا يقضي قانون المرافعات بأنه لا يكون تسجيل حكم مرسى المزاد (حكم ارتفاع البيع) واجبا، وانما يؤشر بالحكم على هامش تسجيل السند الذي تملك الحائز بمقتضاه العقار أصلا، وفي هامش تسجيل انذار الحائز (٤٤٨ ـ انصات جديد) ولما كان الحائز هو المالك للعقار المرهون ...

هذا التحول الى حين رسو المزاد (ايقاع البيع) ، فانه نعرض فيما يلي لمظاهر تملكه للعقار ، سواء بالنسبة المتبقى من الثمن ، أو الحقوق التي يقررها ، أو الثمار ، أو في حالة تلف العقار .

٢٠٤ـ حق الحائز على المتبقى من الثمن : اذا تبقى شيء من ثمن العقار بعد دفع جميع الديون المقيدة ومصروفات التنفيذ كانت الزيادة للحائز . وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٧٧ بقولها " اذا زاد الثمن الذي رسا به المزاد على ما هو مستحق للدائنين المقيدة حقوقهم ، كانت الزيادة للحائز . " وذلك باعتبار أن الحائز مالك للعقار ، ويستوفى الدائنون المقيدة حقوقهم قبل أن يكتسب الحائز صفته ، ثم يكون ما تبقى بعد ذلك للحائز يستوفى منه دائنوه هو حقوقهم .

٢٠٥ـ الحقوق التي يقررها الحائز : لما كان الحائز مالكا للعقار ، فان الحقوق التي يرتبها على العقار تعتبر صحيحة لانها صادرة عن مالك . فالرهون التي يرتبها على العقار تقع صحيحة ، ولكنها لا ينبغي أن تضر بحقوق الدائنين المقيدة حقوقهم قبل انتقال الملكية اليه ، أو على وجه التحديد قبل تسجيل سند ملكيته . ولهذا فان دائني الحائز لا يستوفون حقوقهم الا بعد الوفاء الدائنين المقيدة حقوقهم قبل تسجيل سنده . ويتحقق ذلك اذا كانت هناك زيادة ، اذ يكون للدائنين المرتهنين من الحائز نفسه أن يستوفوا حقوقهم من هذه الزيادة (مادة ١٠٧٧) .

٢٠٦ـ حق الحائز في الثمار : لما كانت ملكية العقار للحائز الى حين رسو المزاد ، فانه يترتب على ذلك أن تكون له ثمار ، الا أنه من الوقت الذي يوجه اليه فيه الانذار بالدفع أو التخلية تلحق الثمار بالعقار ، ويوزع ثمنها ، كما يوزع ثمار العقار ، على الدائنين حسب مراتبهم . وفي هذا تنص المادة ١٠٧٩ على أنه يكون " على الحائز أن يرد ثمار العقار من وقت انذاره بالدفع أو التخلية . فاذا تركت الاجراءات مدة ثلاث سنوات ، فلا يرد الثمار الا من وقت أن يوجه اليه انذار جديد " . أي أنه يترتب على ترك اجراءات التنفيذ مدة ٣ سنوات سقوط أثر الانذار ، وبالتالي تصبح الثمار

خالصة للحائز . ولا تلتحق الثمار بالعقار الا بعد انذار جديد .

٢٠٧ـ مسئولية الحائز عن التلف والهلاك: هذا ويترتب على اعتبار الحائز مالكا للعقار انه اذا هلك العقار أو تلف كانت التبعة عليه . فاذا لم يكن قد دفع الثمن الى من ملكه فانه لا يبرأ قبله . كما أن الحائز يكون مسئولا مسئولية شخصية قبل الدائنين ليس فقط في حدود العقار ، بل وأيضا في أمواله . وفي هذا تقضي المادة ١٠٨١ بأن الحائز مسئول شخصيا قبل الدائنين عما يصيب العقار من تلف بخطئه . وعلى هذا ، اذا كان التلف بغير خطأ من الحائز فلا يسأل . ومن الواضح أن مسئولية الحائز هنا تنحصر في حدود ما نقص من قيمة العقار بسبب التلف أو الهلاك .

٢٠٨ـ رسو المزاد على غير الحائز: اذا رسا المزاد على شخص آخر غير الحائز ، فان هذا الشخص يتلقى حقه من الحائز بمقتضى حكم مرسى المزاد (م١٠٧٦) أي أن نقل الملكية الى الراسي عليه المزاد يكون بحكم مرسى المزاد . ولهذا يتعين تسجيل هذا الحكم . ويكون الحكم المسجل سندا بملكية من رسا عليه المزاد (أو وقع عليه البيع) أنظر المادة ٩ شهر عقاري والمادة ٢/٧٤٤٧ مرافعات) .

ويترتب انتقال ملكية العقار الى غير الحائز الكلام عن حقوق الحائز التي كانت مقررة له على العقار قبل تملكه .

٢٠٩ـ الحقوق التي كانت مقررة للحائز على العقار قبل تملكه له: قد يكون للحائز قبل تملكه للعقار المرهون حق من الحقوق مقرر له على هذا العقار . فقد يكون له مثلا حق ارتفاق مقرر على هذا العقار المرهون لمصلحة عقار آخر يملكه الحائز ، وقد يكون له على العقار المرهون كذلك حق انتفاع ، أو أي حق عيني آخر فما هو الحكم اذا ما تملك الحائز العقار المرهون الذي تقرر له عليه حق من الحقوق على النحو السابق ثم رسا المزاد على شخص آخر؟

اذا كانت حقوق الحائز المقررة على العقار المرهون الذي آل اليه مشهورة قبل شهر حقوق الدائنين المرتهنين ، فانها تسري في حقوقهم . فاذا تملك الحائز العقار ...

المرهون صارت له حقوق مقررة على عقار يملكه ،ولهذا تزول هذه الحقوق، أو بالاحرى يوقف استعمالها .

فاذا اتخذت اجراءات نزع الملكية ورسا المزاد على غير الحائز، وزالت ملكية هذا الاخير فان العدالة تقضى بالا تضيع عليه حقوقه التى كانت عليه من قبل ،ولهذا تعود اليه هذه الحقوق بزوال المانع الذى أدى الى تعذر مباشرتها . وهذا ما نصت عليه المادة ١٠٧٨ بقولها : " يعود للحائز ما كان له قبل انتقال ملكية العقار اليه من حقوق ارتفاق وحقوق عينية أخرى" .

واذا كان النص مطلقا ينصرف الى عودة الحقوق العينية أصلية كانت أم تبعية، الا أنه بالنسبة للحقوق العينية التبعية، لا تعنى عودة الحق بقاء العقار محملا به فى يد الراسى عليه المزاد ،لان المزاد يطهر العقار من الحقوق،ويكون للحائز أن يستوفى الدين الذى يضمنه هذا الحق،حسب مرتبته،مع مراعاة ضرورة أن يكون قد احتفظ بحقه عن طريق القيد وتجديده .

٢١٠ـ تطهير العقار:

اذا صدر حكم مرسى المزاد وصار نهائيا بفوات ميعاد الزيادة بالعشر (مادة ٤٤ شهر عقارى) ،فانه يترتب على تسجيل هذا الحكم ـ اذا رسا المزاد على غير الحائز ـ أو على التأشير به ـ اذا رسا على الحائز ـ تطهير العقار المبيع من الرهون الرسمية والحيازية ،وحقوق الاختصاص وحقوق الامتياز التى أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع واخبروا بتاريخ جلسته طبقا للمادتين ٤١٧، ٤٢٦ مرافعات جديد ، ولا يبقى لهم الا حقهم فى الثمن (مادة ٤٥٠ مرافعات جديد) .

لكن هل يلزم لكى يتم التطهير أن يدفع الثمن ؟ ينص القانون المدنى صراحة على أن العقار لا يتطهر الا اذا دفع الثمن أو أودع خزانة المحكمة (أنظر المادة ١٠٧٥ ، والمادة ١٠٨٤) ،ويبدو ـ رغم ما هنالك من خلاف فى الفقه ـ أن هذا هو ما تؤيده المادة ٤٥٠ مرافعات جديد فهى اذ تجعل التطهير نتيجة تسجيل حكم ايقاع البيع

نفترض أن الثمن قد أودع من قبل . وإذا ما طهر العقار بتسجيل حكم المزاد (الحكم بايقاع البيع) من الحقوق العينية التبعية ، فانه لا يبقى لاصحاب هذه الحقوق الا حقهم في الثمن .

٢١١ — رجوع الحائز:

للحائز أن يرجع على من تلقى عنه الحق . والغالب أن يتلقى الحائز حقه عن المدين الراهن . الا انه قد يتلقاه عن غير المدين كالكفيل العيني أو كحائز سابق ، ولهذا نفرق في رجوع الحائز بين رجوعه على المالك السابق بصفة عامة ، وقد يكون المالك السابق مدينا أو كفيلا عينيا أو حائزا ، وبين رجوعه على المدين .

٢١٢ — رجوع الحائز على المالك السابق :

يرجع الحائز على من تلقى عنه الحق — اياً كان — بدعوى الضمان في الحدود التي يرجع فيها الخلف على من تلقى منه الملكية معاوضة أو تبرعا (أنظر المادة ١٠٨٠/ ١) . فاذا كان الحائز قد اشترى العقار ، فانه يرجع بالضمان على المالك السابق . واذا كان قد تلقى حقه بدون مقابل عن طريق الوصية أو الهبة ، فالأصل أنه لا رجوع له

وفي رجوع الحائز بالضمان ، يرجع بالتعويض عن كل ما لحقه من ضرر بسبب تحميل العقار بالرهن . فموضوع الدعوى يتحدد بالخسارة التي لحقت الحائز بسبب نزع العقار من يده ، أو بسبب ما قام به في سبيل الاحتفاظ بالعقار محررا مما عليه من حقوق مقيدة ، كما اذا كان قد قام بدفع دين المرتهن لمنع التنفيذ ، أم قام بدفع مبلغ لتطهير العقار أو لشرائه في المزاد ، أو خسر لرسو المزاد على الغير .

٢١٣ — رجوع الحائز على المدين : يرجع الحائز أيضا على المدين — سواء كان هو المالك السابق أم لا — بكل ما دفعه زيادة على ما هو مستحق في ذمته بمقتضى سند ملكيته ، أيا كان السبب في دفع هذه الزيادة . وهو يرجع على أساس الاثراء ، ولهذا يتحدد موضوع الدعوى بقدر ما أثرى به المدين على حساب الحائز . كما يكون

للحائز أيضا أن يرجع على المدين بدعوى الحلول ، اذ يحل الحائز محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم ، وبوجه خاص يحل محلهم فيما لهم من تأمينات قدمها المدين نفسه .

واذا كان الحائز يحل محل الدائنين الذين وفاهم حقوقهم في التأمينات المقدمة من المدين ، فانه ينبغي أن يراعى ما يورده القانون في هذا الصدد من قيود من حيث أن الحائز لا يحل محل الدائنين في مواجهة حائز آخر لعقار مرهون في ذات الدين الا بقدر حصة هذا الحائز بحسب قيمة ما حازه من عقاره ومن حيث أن الحائز لا يحل محل الدائنين في تأمينات التي قدمها شخص آخر كالكفيل العيني أو الشخصي ، على نحو ما بينا من قبل عند كلامنا على رجوع الحائز الذي قام بقضاء الدين .

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

الرهن الرسمي حق عيني تبعي ، ولهذا فانه ينقضي بصفة أصلية كما ينقضي بصفة تبعية .

٢١٤ـ انقضاء الرهن الرسمي بصفة تبعية :

اذا انقضى الدين المضمون بالرهن بأي سبب من أسباب الانقضاء ، ترتب على ذلك انقضاء الرهن باعتباره تابعا للالتزام الاصلي ، وذلك تطبيقا لقاعدة أن الرهن لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له في صحته وفي انقضائه .

ولا ينقضي الرهن بالتبعية الا اذا انقضى الدين المضمون بتمامه ، فاذا بقي جزء من هذا الدين ، بقي الرهن قائما لضمان الوفاء به تطبيقا لقاعدة عدم تجزئة الرهن .

وانقضاء الرهن بالتبعية فى هذه الحالة يعنى أن ينقضى الالتزام المضمون كله وبصفة نهائية . لكن اذا زال السبب الذى انقضى به الدين المضمون ، كما اذا كان قد انقضى بالوفاء ثم ابطل الوفاء بسبب نقص أهلية الموفى أو لأن الشيء الذى تم به الوفاء كان غير مملوك للموفى ، فان هذا الدين يعود ، ويعود الرهن معه . لكن يلزم لكى يعود الرهن فى هذه الحالة الا تضر عودته بالحقوق التى يكون الغير قد اكتسبها بحسن نية فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته (م١٠٨٢) . وعلى ذلك اذا اشترى شخص حسن النية العقار فى الفترة بين انقضاء الحق وعودته ، أى فى فترة زوال الرهن ، أو اذا ارتهن العقار فى خلال هذه الفترة ، فانه يترتب على ذلك أن عودة الرهن ، متى عاد الدين المضمون ، لا ينبغى أن تضر بحقوق كل من المشترى أو المرتهن أى أنه لا يحتج بالرهن على كل منهما ، انما يلزم أن يكون كل منهما حسن النية ، أى يجهل العيب الذى يشوب سبب انقضاء الرهن .

هذا ما نصت على المادة ١٠٨٢ فى خصوص انقضاء الرهن ، والى جانب ذلك فهناك أحكام تتعلق بأسباب انقضاء الدين وأثرها فى انقضاء حق الرهن أو بقائه ، وهى تدخل فى دراسة القواعد العامة لانقضاء الالتزام – انظر المواد ٣٢٩ ، ٣٥٥ ، ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، ٣٥٨ ، ٣٦٩ من القانون المدنى .

٢١٥ ثانيا – انقضاء الرهن بصفة أصلية :

عرض المشرع عند كلامه عن انقضاء الرهن لسببين ينقضى بهما الرهن بصفة اصلية وهما : تطهير العقار ، وبيعه بيعا جبريا بالمزاد العلنى . والى جانب ذلك ، فقد كان المشروع التمهيدى للقانون ينص على أسباب أخرى هى النزول عن الرهن ، واتحاد الذمة ، والهلاك ، والتقادم ، ونعرض فيما يلى لهذه الاسباب ، ونبين بالنسبة للحالة الاخيرة ما اذا كان الرهن ينقضى بالتقادم .

١ – تطهير العقار : نصت المادة ١٠٨٣ على أنه : " اذا تمت اجراءات التطهير انقضى الرهن الرسمى نهائيا ولو زالت لاى سبب من الاسباب ملكية الحائز الـــذى

طهير العقار" . وقد سبق أن تعرضنا لهذا الموضوع ، والمهم أن الرهن ينقضي بالتطهير حتى ولو لم يستوف الشخص الا بعض حقه ، بشرط أن تكون اجراءات التطهير قد وجهت الى المرتهن .

(٢) بيع العقار بالمزاد العلني : اذا بيع العقار بيعا جبريا بالمزاد العلني ينقضي الرهن ، أيا كان من اتخذ الاجراءات ، وأيا كان من اتخذت الاجراءات في مواجهته ، وأيا كان من رسا عليه المزاد . وينقضي الرهن في هذه الحالة متى سجل حكم مرسى المزاد أو تم التأشير به ، بحسب ما اذا رسا المزاد على غير الحائز أو على الحائز نفسه ، وبشرط أن يودع الثمن الذي رسا به المزاد أو يدفع الى الدائنين المقيدين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن .

ويراعى أن تحرير العقار من الرهن يكون بالنسبة لاصحاب الحقوق المقيدة الذين اعلنوا بايداع قائمة شروط البيع وأخبروا بتاريخ جلسته (أنظر المادة ٤٥٠ مرافعات جديد) .

(٣) ـ النزول عن الرهن : ينقضي الرهن بالنزول عنه . ويتم ذلك برضا المرتهن الصريح أو الضمني ـ ويعتبر اشتراك الدائن المرتهن مع الدائنين الاخرين في تبادل الرأى بشأن الصلح مع المفلس نزولا عن الرهن حتى ولو لم يتم الصلح (أنظر م٣١٨ تجاري) وهذا تطبيق تشريعي لفكرة النزول الضمني عن الرهن . والواقع أن مسألة النزول الضمني تترك لتقدير القضاء .

ولا يلزم للنزول عن الرهن شكل خاص ، فيصح بورقة عرفية . لكن يلزم لمحو القيد اذا ما انقضى الرهن بالنزول اما تقرير رسمي أو حكم نهائي (٤٥ شهر عقاري) .

والنزول عن الرهن يقتضي أن تتوافر في الدائن المتنازل اهلية التصرف في الدين المضمون به ، اذ قد يترتب عليه عدم امكان الدائن استيفاء حقه .

وقد يكون النزول عن الرهن كليا وقد يكون جزئيا ، وان كان يراعى بالنسبة لهذه

الحالة الاخيرة أن قاعدة عدم تجزئة الرهن تؤدى الى جعل الباقى من العقار ضامنا لكل الدين . هذا ويراعى أن النزول عن الرهن يختلف عن النزول عن مرتبته لدائن آخر، فالنزول عن المرتبة لا يعنى انقضاء الرهن ، بل يظل قائما .

(٤) اتحاد الذمة: ينقضى الرهن باتحاد الذمة متى اجتمعت فى الشخص صفتا المرتهن والمالك للعقار المرهون ، كما اذا انتقلت الى الدائن المرتهن ملكية العقار المرهون ، أو اذا انتقل حق الرهن الى مالك العقار .

وقد يحدث أن تجتمع الصفتان السابقتان فى شخص واحد كالحائز الذى يحل محل الدائن ، ولكن الرهن لا ينقضى رغم ذلك ، متى كانت هناك رهون أخرى على العقار ، ويكون على الحائز ، حتى يحتفظ بمرتبة رهنه على عقار فى يد نفسه ، أن يجدد قيده ، كما رأينا من قبل .

ولما كان اتحاد الذمة ليس الا مانعا طبيعيا من استعمال الحق ، فانه يترتب على زوال هذا المانع عودة الحق من جديد . فاذا زال سبب انتقال الحق ، كما لو فسخ العقد الذى انتقلت به الملكية الى الدائن مثلا ، يعود الرهن الرسمى ، لأن الدائن لا يكون مالكا للعقار ، وتكون عودة الرهن بأثر رجعى .

(٥) هلاك العقار: ينقضى الرهن بهلاك العقار هلاكا تاما ، وقد سبق أن بينا ما يترتب على الهلاك بخطأ الراهن أو بدون خطئه (أنظر المادة ١٠٤٨) ، واذا ما هلك العقار المرهون وحل محله مقابل نقدى كمبلغ تأمين أو تعويض ، فان الحق فى الرهن ينتقل الى هذا المبلغ بمرتبته ، كما رأينا (أنظر المادة ١٠٤٩/٢) ، وانتقال الرهن الرسمى بمرتبته الى مبلغ التعويض أو التأمين لا يعنى بقاءه ، اذ لا يتقرر الرهن الرسمى على مبلغ من النقود .

ويأخذ حكم الهلاك انقضاء الحق المرهون ، فاذا رهن شخص حق انتفاع ثم انقضى نظرا لانتهاء المدة المحددة للانتفاع انتهى الرهن .

(٦) هل ينقضي الرهن بالتقادم؟

اذا ما انقضى الدين المضمون بالرهن وانقضى الرهن بالتبعية ـ لكن هل يمكن أن ينقضي الرهن بصفة أصلية عن طريق التقادم؟

يفرق بين ما اذا كان العقار في يد الراهن نفسه وبين ما اذا انتقل الى الحائز ، فاذا كان العقار في يد الراهن لا ينقضي الرهن بالتقادم ، لانه يلزم بالضمان ـ فهو ملزم بالابقاء على الرهن لحين الوفاء . وهذا أمر لا خلاف فيه .

اما اذا كان العقار في يد الحائز فقد ثار الخلاف حول ما اذا كان الرهن يسقط بالتقادم لمصلحة الحائز أم لا . ولكن الفقه عندنا الان يسلم بأن الرهن لا ينقضي بالتقادم حتى ولو كان العقار في يد الحائز . وذلك أن التقادم هنا لا يتسق مع أنواع التقادم التي يقررها القانون . فلا يمكن اعتباره تقادما مسقطا لان هذا التقادم خاص بالحقوق الشخصية فقط ، كما لا يمكن اعتباره تقادما مكسبا لان الحائز لا يهدف الى اكتساب حق . بل الى التخلص من عبء . ولا يمكن اعتباره تقادما محررا أو مبرئا وهو التقادم الذي ينتهي به الحق بعدم الاستعمال المدة الطويلة كحق الانتفاع والارتفاق ، لان الغرض أن الدائن المرتهن لم يمكث عن استعمال حقه ، سواء بقبض الفوائد أو بتجديد القيد . هذا فضلا عن أن القول بالتقادم في هذه الحالة لا يتفق مع العدالة ، لان المرتهن الذي يقوم بقبض الفوائد ويجدد قيده في المواعيد ، ويقوم بكل ما يجب عليه للمحافظة على حقه ، قد يرى نفسه ، وقد سقط حقه لمصلحة شخص (الحائز) من المحتمل أن يجهل أنه تملك بالتقادم ، وهذا ما لا يتفق وقصد المشرع الذي يرمي الى جعل الرهن وسيلة ضمان لحق الدائن .

الباب الثاني

حق الاختصاص

٢١٦ـ تمهيد ـ التعريف به ـ متى يتقرر ـ مزاياه وعيوبه ـ خطة الدراسة:

يمكن تعريف حق الاختصاص بأنه حق عيني تبعي يتقرر للدائن بأمر من القضاء، على عقار أو أكثر من عقارات المدين، وذلك ضمانا للوفاء بدين ثابت للدائن بحكم واجب التنفيذ، ويكون للدائن بمقتضى هذا الحق التقدم والتتبع.

والاختصاص باعتباره حقا عينيا تبعيا يرد على العقار، لا يختلف عن الرهن الرسمي في كل هذه الامور، ولكنه يختلف عنه من حيث المصدر، فمصدر الرهن هو الاتفاق، أما مصدر الاختصاص فهو أمر القضاء.

وحق الاختصاص يتقرر للدائن الذي صدر له حكم واجب التنفيذ، ويخشى من تصرفات مدينه في أمواله ضمانا يستطيع بمقتضاه أن يتتبع العقار وأن يستوفي حقه منه بالاولوية والتقدم على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة بعد قيده. وبهذا الضمان يمكن للدائن أن يمهل المدين بالوفاء، مما قد يعود على الطرفين بالفائدة.

واذا كان للاختصاص مزاياه، فان له عيوبه، اذ أنه يقرر أفضلية لدائن على غيره من الدائنين لمجرد انه قد يسارع ويحصل على حكم واجب التنفيذ، يلزم المدين بالدين، ومع أن تأخر الآخرين في الحصول على حكم مماثل، قد يكون لسبب خارج عن ارادتهم، اذ قد يتأخر الفصل في الدعوى دون تقصير يعزى الى رافعها. وقد حاول المشرع التخفيف من عيوب هذا النظام، فقرر أنه لا يحتج على الدائنين ذوي الحقوق السابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأي اختصاص يقع على عقارات المدين، بعد هذا التسجيل (م٢٥٦/٢)، وهذا لا يكون بطبيعة الحال الا في حالة الاعسار، حيث يتحقق الاضرار بالدائنين اما اذا كان المدين موسرا، فان الاختصاص لا يضر بحقوق الدائنين

الاخرين ، اذ أنهم يستطيعون الحصول على حقوقهم ٠

ومهما يكن من أمر مزايا هذا النظام وعيوبه ، فان المشرع قد عالجه في المواد من ١٠٨٥ الى ١٠٩٥ حيث تكلم في فصل أول عن انشاء حق الاختصاص وفي فصل ثان عن آثاره وانتقاصه وانقضائه ، ونعرض لذلك فيما يلي :

الفصل الأول

انشاء حق الاختصاص

٢١٧ـ شروط الحصول عليه والاجراءات اللازمة :

لكي يمكن أن يتقرر حق الاختصاص ، يلزم أن تتوافر شروط الحصول على هذا الحق ، كما يلزم اتباع اجراءات معينة ٠

المبحث الأول : الشروط اللازمة لتقرير الاختصاص

٢١٨ـ حصرها في ثلاثة أنواع من الشروط :

لكي يتقرر حق الاختصاص يلزم أن يكون بيد الدائن حكم مستوف لشروط معينة ، كما يلزم بالنسبة للمال الذي يرد عليه الاختصاص أن تتوافر فيه شروط معينة كذلك ، وأن يؤخذ هذا الاختصاص في وقت معين ، أي أنه يلزم أن تتوافر شروط خاصة بالدائن وأخرى خاصة بالاموال التي يترتب عليها الاختصاص ، وثالثة بالوقت الذي يؤخذ فيه ٠

أولاـ الشروط الخاصة بالدائن

٢١٩ـ ضرورة حصول الدائن على حكم يتوافر فيه شروط معينة :

لكي يستطيع الدائن الحصول على حق اختصاص ، يلزم أن يكون بيده حكم تتوافر فيه شروط معينة ، فلا بد أن يكون حكما صادرا في موضوع الدعوى ملزما المدين بشيء يجب عليه الوفاء به ، وواجب التنفيذ ٠

١ـ يجب أولا أن يكون بيد الدائن حكم . فلا يكفي أن يكون حق الدائن ثابتا في سند رسمي . والحكم يجب أن يكون صادرا من محكمة مشكلة تشكيلا صحيحا ، بموجب سلطتها القضائية لا الولائية . والاحكام الصادرة من المحكمة بموجب سلطتها القضائية هي الاحكام التي تفصل في نزاع معين يعرض على المحكمة . ولهذا لا يجوز أخذ اختصاص بناء على أمر ولائي صادر من المحكمة بموجب سلطتها الولائية مثل تصديق المحكمة الحسبية على الحساب الذي يقدمه الوصي . ومع ذلك فانه بالنسبة للتصديق على صلح أو اتفاق يتم بين الخصوم ، قد أثير الخلاف حول امكان أخذ الاختصاص بموجبها نظرا لانها لا تفصل في خصومة . وقد جاء القانون فنص في المادة ١٠٨٧ صراحة على أنه : " يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم يثبت صلحا أو اتفاقا تم بين الخصوم " .

واذا كان يلزم أن يصدر حكم من محكمة ، على هذا النحو بموجب سلطتها القضائية ـ مع مراعاة ما نص عليه بالنسبة للصلح والاتفاق بين الخصوم ـ فانه لا يهم نوع المحكمة التي تصدره ما دامت مشكلة تشكيلا صحيحا وفقا للقانون كما لا يهم كذلك ما اذا كان الحكم صادرا من محكمة أجنبية أو من هيئة محكمين طالما توافرت بالنسبة له ما نص عليه القانون . وتنص المادة ١٠٨٦ على أنه : " لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر من محكمة أجنبية ، أو على قرار صادر من محكمين الا اذا أصبح الحكم أو القرار واجب التنفيذ " . وقد نظم قانون المرافعات هذا الموضوع في المواد ٢٩٦ وما بعدها ، وانظر كذلك المادة ٥٠٩ مرافعات جديد) .

٢ ـ ان يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى ، فيجب أن يكون الحكم صادرا في موضوع الدعوى ويلزم المدين بشيء معين يجب عليه وفاؤه ، حتى ولو كان حكما وقتيا . ولهذا تستبعد الاحكام التي لا تلزم المدين بشيء من ذلك وهي الاحكام الصادرة قبل الفصل في الموضوع كالاحكام التحضيرية والتمهيدية . والاحكام التي لا تلزم المدين بشيء معين كالحكم بعدم الاختصاص أو بالاختصاص أو برفض الدعوى ، أو بصحة التوقيع

وتنص المادة ١٠٨٧ بالنسبة لهذه الحالة الاخيرة على أنه: " ... لا يجوز الحصول على حق اختصاص بناء على حكم صادر بصحة التوقيع" ، لان أثر الحكم مقصور على اثبات صحة التوقيع ولا يتعرض الى الالتزام الثابت في السند .

ومع ذلك فانه اذا كان يلزم صدور حكم ملزم للمدين بشيء يجب الوفاء به ، فانه يصح أخذ الاختصاص ولو لم يكن قد حدد مقدار ما يلزم به المدين كالحكم بتعويض دون أن يحدد مقداره . وفي هذه الحالة يتولى القاضي تقدير الدين الذي يؤخذ الاختصاص بمقتضاه تقديرا مؤقتا (انظر المادة ١٠٨٩/٢د) .

كما يصح الاختصاص على أساس حكم ملزم للمدين بتقديم الحساب عن مهمة أداها كالوكيل ،وفي هذه الحالة يقوم الاختصاص ضمانا للتعويض المستحق بسبب عدم تنفيذ الحكم الملزم بتقديم الحساب ،ولكن لا يضمن ما عسى أن يظهر في ذمة المدين في هذه الحالة ، وهو صافي الحساب ، ذلك أن الالتزام بدفع الدين أو رصيد الحساب مستقل عن الالتزام بتقديمه .

٣ ـ يجب أن يكون الحكم واجب التنفيذ ، وهو يكون كذلك سواء كان حكما نهائيا أو كان مشمولا بالنفاذ المعجل ،وبهذا يقصر حق الاختصاص على الدائن الذي يكون بيده حكم قابل للتنفيذ ، حتى لا يكون هناك مجال لتفاضل الدائنين فيما بينهم بمجرد المبادرة الى رفع الدعوى ، بل تكون الافضلية معقودة للدائن الذي يملك التنفيذ ، ويكون حق الاختصاص بمثابة ضمان للدائن في استيفاء دينه ، واداة تيسير بالنسبة الى المدين ،لان من يحصل على حق الاختصاص قد يرتضي ارجاء التنفيذ ما دام قد أمن بالاختصاص على حقه (الاعمال التحضيرية جـ ٧ ص١٦٠) .

ثانيا ـ الشروط الخاصة بالمال الذي يتقرر عليه الاختصاص

٢٢٠ ـ يتقرر على عقار معين ،مملوك للمدين وقت القيد ،وجائز بيعه بالمزاد :

لا يرد حق الاختصاص الا على العقار ، شأنه في ذلك شأن الرهن الرسمي ،وتنص

المادة ١٠٨٨ على أنه " لا يجوز أخذ حق الاختصاص الا على عقار أو عقارات معينة مملوكة للمدين وقت قيد هذا الحق ، وجائز بيعها بالمزاد العلني " .

فلا بد من تعيين العقار أو العقارات التي يرد عليها الاختصاص تعيينا دقيقا ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي ، ولا بد كذلك من أن يكون العقار مملوكا للمدين ، والنص يكتفي بأن يكون العقار مملوكا للمدين وقت القيد . ولكن الواقع أن استلزام ملكية المدين وقت القيد فقط لا وقت أخذ الاختصاص يعتبر منتقدا فلا بد من أن يكون المدين مالكا للعقار وقت أخذ الاختصاص ، وهو الوقت الذي ينبغي أن تتحقق فيه الشروط وخاصة أن القيد قد يتأخر عن هذا الوقت . ولهذا ينبغي أن يكون المدين مالكا وقت صدور الامر بالاختصاص وأن تستمر هذه الملكية الى حين القيد ، وعلى أية حال فانه يسري على الاختصاص هنا ما يسري على الرهن من أحكام .

ويلزم أخيرا أن يكون العقار مما يجوز بيعه بالمزاد العلني ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي .

ثالثا ـ الوقت الذي يجوز فيه أخذ الاختصاص

٢٢١ـ لا يجوز أخذه بعد موت المدين :

تنص المادة ٢/١٠٨٥ على أنه " لا يجوز للدائن بعد موت المدين أخذ الاختصاص على عقار في التركة " . ذلك أنه في حالة وفاة المدين اذا ما تقرر الاختصاص لاحد الدائنين ، فان ذلك يخل بالمساواة بينه وبين الدائنين الاخرين الذين تتعلق حقوقهم جميعا بالتركة .

المبحث الثاني : اجراءات الحصول على حق الاختصاص

٢٢٢ـ طلب الحصول على الاختصاص :

لا يكفي أن تتوافر الشروط السابقة حتى يتقرر حق الاختصاص ، ولكن يجب على الدائن الذي يريد أخذ اختصاص على عقار أو أكثر من عقارات المدين أن يقدم عريضة بذلك الى رئيس المحكمة الابتدائية التي تقع في دائرتها العقارات التي يريد الاختصاص

فاذا كانت العقارات في دوائر محاكم متعددة وجب الالتجاء اليها جميعها بالنسبة للعقارات الواقعة في دائرة كل منها .

ويراعى في هذا الصدد ما يقضي به قانون الرافعات الجديد (أنظر المادة ١٩٤ وما بعدها) .

ويجب أن تقدم العريضة مصحوبة بصورة رسمية من الحكم ، أو بشهادة من قلم الكتاب مدون فيها منطوق الحكم ، وان تشتمل العريضة على البيانات الاتية :

٢٢٣ ـ البيانات الواجب ذكرها في العريضة :

أ ـ اسم الدائن ولقبه وصناعته وموطنه الاصلي ، والوطن المختار الذي يعينه في البلدة التي يقع فيها مقر المحكمة .

ب ـ اسم المدين ولقبه وصناعته وموطنه .

جـ ـ تاريخ الحكم وبيان المحكمة التي أصدرته .

د ـ مقدار الدين . فاذا كان الدين المذكور في الحكم غير محدد المقدار تولى رئيس المحكمة تقديره مؤقتا ، وعين المبلغ الذي يؤخذ به الاختصاص .

هـ ـ تعيين العقارات تعيينا دقيقا وبيان موقعها ، مع تقديم الاوراق الدالة على قيمتها .

هذه هي البيانات التي تعين في العريضة ، وهي تماثل البيانات التي تدون عادة في قائمة الرهن الرسمي المقدمة للقيد ، ويلاحظ أنه قد اشترط أن يقدم الدائن أوراقا تثبت قيمة العقارات حتى يتبين القاضي قيمتها ، وحتى لا يأخذ الدائن حق اختصاص على عقار قيمته أكبر بكثير من مقدار الدين .

٢٢٤ ـ الامر بالاختصاص :

متى قدمت العريضة الى رئيس المحكمة الابتدائية مستوفية للبيانات السابقة .

فإما أن يصدر أمره بالاختصاص أو يرفض الطلب . ومتى أصدر أمره بالاختصاص ، فانه يدون في ذيل العريضة أمره بالاختصاص . وعليه في هذه الحالة أن يراعي التناسب بين الدين والعقارات المبينة في العريضة . وتحقيقا لهذا التناسب ، يجوز له أن يجعل الاختصاص مقصورا على بعض هذه العقارات ، أو على واحد منها فقط ، أو على جزء من أحدها ، متى رأى أن ذلك كاف لتأمين دفع أصل الدين والفوائد والمصروفات المستحقة للدائنين .

٢٢٥ــ اعلان الامر بالاختصاص والتأشير به :

ويوجب القانون على قلم الكتاب أن يعلن المدين بالامر بالاختصاص في نفس اليوم الذي يصدر فيه الامر ، ذلك أن الامر يصدر بناء على طلب الدائن وفي غيبة المدين ، ولهذا يتعين اعلانه ، حتى اذا كان له وجه من أوجه الاعتراض عليه يمكنه أن يتظلم . ويتم اعلان المدين في موطنه المبين في العريضة .

كما يوجب القانون كذلك على قلم الكتاب أن يؤشر بهذا الامر على صورة الحكم أو على الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لاخذ الاختصاص ، وأن يخطر قلم كتاب المحكمة الصادر منها الحكم للتأشير بذلك على كل صورة أو شهادة أخرى يسلمها للدائن . وقد أريد بذلك منع الحصول على اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة ، لانه اذا أريد أخذ اختصاص آخر بعد ذلك فان القاضي الذي يعرض عليه صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب أو أية شهادة أخرى من المحكمة التي أصدرت الحكم ، يكون مؤشرا عليها بسبق الحصول على اختصاص لضمان الدين .

٢٢٦ــ التظلم من قرار رئيس المحكمة :

يجوز التظلم من الامر الصادر بالاختصاص ، أو من رفض الامر بالاختصاص لكل من المدين والدائن ، بحسب الاحوال .

فاذا صدر الامر بالاختصاص ، جاز للمدين أن يتظلم منه ، متى كان لديه سبيل

الى ذلك،كما اذا كانت شروط الاختصاص غير متوافرة ، أو كانت العقارات لا تتناسب مع مقدار الدين ،أو كان الحكم قد طعن فيه بالنقض وقبل الطعن ... ويكون تظلم المدين أمام رئيس المحكمة الذى اصدر أمره بالاختصاص ،كما يجوز له أن يرفع هذا التظلم الى المحكمة الابتدائية .

فاذا قبل التظلم من الامر بالاختصاص ،أو ألغت المحكمة هذا الامر ، فانه يجب التأشير على هامش القيد — متى كان قد تم — بالامر أو الحكم الذى قضى بالغاء الامر الصادر بالاختصاص.

ومن جهة أخرى فان الدائن قد يتظلم ،ويكون ذلك فى حالة ما اذا رفض طلبه بالاختصاص منذ البداية أو فى حالة ما اذا تظلم المدين من الاختصاص وقبل تظلمه . وفى الحالتين ، يكون للدائن أن يتظلم من أمر الرفض الى المحكمة الابتدائية نفسها فلا يكون له أن يتظلم أمام رئيس المحكمة الذى أصدر الامر (م١٠٩٣) .

الفصل الثانى

آثار حق الاختصاص وانتقاصه وانقضاؤه

٢٢٧ـ آثار حق الاختصاص:

متى صدر الاختصاص، فانه يرتب أثره فيما بين الدائن والمدين ، لكن الرهن لاينفذ فى حق الغير الا اذا اشهر عن طريق القيد ، ويقرر القانون فى هذا الصدد انه يسرى على الرهن الرسمى من حيث القيد وتجديده ومحوه ، وما يسرى على الرهن الرسمى من أحكام (أنظر م١٠٩٥) .

واذا صدر الامر بالاختصاص للدائن ، كانت له الحقوق التى للدائن المرتهن رهنا رسميا . فيكون لصاحب حق الاختصاص أن يتتبع العقار المحمل به وأن يستوفى حقه بالأولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين أصحاب الحقوق المقيدة التالين له فى المرتبة، سواء كان القيد لرهن رسمى أو حيازى أو اختصاص أو حق امتياز من

الحقوق التى تخضع للقيد .

ولكن لكى يكون لصاحب حق الاختصاص أن يحتج بسبق قيده ، يجب أن يكون حسن النية شرطا للحصول على الاختصاص ، أم أنه شرط لازم لنفاذ الاختصاص فى حق الغير ؟

يقصد بحسن النية فى هذا الصدد الا يكون صاحب الاختصاص على علم بسبق التصرف فى العقار الذى يريد الاختصاص به " فلو باع المدين عقارا ثم أخذ الدائن حق اختصاص على هذا العقار وهو عالم ببيعه ، وقيد حق الاختصاص قبل تسجيل البيع ، فان هذا الحق لا ينفذ فى حق المشترى" (المذكرة الايضاحية جـ ٧ ص ١٦٤) .
هذا هو ما بينته المذكرة الايضاحية بصدد حسن النية ، وعلى هذا اذا أراد صاحب حق الاختصاص الاحتجاج بحقه على الغير – وهو المشترى هنا – وكان عالما بحصول التصرف ، لايكون له ذلك . ويمكن اعمال هذا الحكم ليس فقط فى حالة البيع بل وأيضا بالنسبة لكافة الحقوق الاخرى التى يرتبها المدين ويعلم بها من يريد أخذ الاختصاص على العقار الذى حصل فيه التصرف ، فلا يكون حقه نافذا قبل الغير الذين ترتبت لهم حقوق على العقار .

أما من حيث كون حسن النية شرطا لاخذ حق الاختصاص ، أم شرطا لنفاذ الرهن فى حق الغير ، فانه يبدو من نص المادة ١٠٨٥ / ١ أن حسن النية لازم للحصول على حق اختصاص بعقارات المدين ، وهذا ما دعا البعض الى الكلام عن هذا الشرط ضمن شروط الحصول على الاختصاص . ولكن الواقع أن حسن النية يلزم لا لقيام الاختصاص فيما بين الدائن والمدين بل لنفاذ الرهن فى حق الغير . ولهذا متى كان الدائن يعلم بوجود حق للغير ، فانه لايكون حسن النية ، وبالتالى لا يسرى اختصاصه فى مواجهة هذا الغير . هذا عن اشتراط حسن النية للتمسك بسريان حق الاختصاص فى مواجهة الغير .

أما فى حالة اعسار المدين ، فان المادة ٢٥٦ / ٢ تقضى بأنه " لا يجوز أن يحتج على

الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل ، وعلى ذلك فان الاختصاص الذى يؤخذ ويتم قيده قبل هذا التسجيل ينفذ فى حق الدائنين سالفى الذكر . لكن ما الحكم لو أخذ الاختصاص قبل تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، ولكنه لم يقيد الا بعد هذا التسجيل ، فهل يسرى على هؤلاء الدائنين ؟ أثير الخلاف حول هذا الموضوع ، الا أنه يبدو من عبارة المادة ٢٥٦ سالفة الذكر بأنه " لا يحتج على الدائنين الذين لهم حقوق سابقة على تسجيل صحيفة دعوى الاعسار ، بأى اختصاص يقع على عقارات المدين بعد هذا التسجيل " ، ان المقصود هو أخذ الاختصاص بعد التسجيل ، لكن لو كان الاختصاص قد أخذ قبل التسجيل ولكن القيد تم بعده ، فانه يمكن الاحتجاج به على الدائنين .

٢٢٨ـ انقاص حق الاختصاص:

قد يؤخذ حق الاختصاص على عقار أو عقارات للمدين تفوق قيمتها بكثير مبلغ الدين . أو قد يحصل أن تكون العقارات متناسبة مع مبلغ الدين ، ثم يختل هذا التناسب بعد ذلك اما بزيادة قيمة العقار أو لنقص مبلغ الدين . وفى مثل هذه الحالات يثار الكلام حول انقاص الاختصاص الى الحد المناسب .

ويجيز القانون لكل ذى مصلحة ـ كالمدين أو الدائن التالى فى المرتبة أو الدائن العادى ـ أن يطلب انقاص الاختصاص الى الحد المناسب ، وذلك متى كانت الاعيان التى رتب عليها الاختصاص تزيد قيمتها على ما يكفى لضمان الدين . ولذى المصلحة أن يطلب هذا الانقاص ـ اذا لم يتم بموافقة الدائن صاحب الاختصاص ـ اما عن طريق التظلم من الامر الصادر به ، واما عن طريق دعوى اصلية يرفعها طالبا انقاص الاختصاص

ويتم انقاص الاختصاص اما بقصره على جزء من العقار أو العقارات التى رتب عليها ، أو بنقله الى عقار آخر تكون قيمته كافية لضمان الدين . وهذا الامر يترك للقاضى ، فقد يرى هذا أو ذاك حتى يحقق التناسب بين العقار والدين . انما يلزم فى جميع الحالات

شهر حق الاختصاص سواء كان بقصره على جزء من العقار ، وفى هذه الحالة يجب التأشير به على هامش القيد ، أم بنقله الى عقار آخر ، وفى هذه الحالة يجب اجراء قيد جديد ، مع مراعاة عدم الاضرار بحقوق الدائنين المقيدة على هذا العقار ، وفى هذه الحالة يراعى القاضى أن قيمة العقار الذى نقل اليه الاختصاص تكفى لضمان الوفاء بالدين الذى يضمنه الاختصاص ـ بحسب مرتبة الاختصاص على هذا العقار ، بعد أن تستوفى ما قد تكون هنالك من حقوق مقيدة سابقة على العقار نفسه .

هذا ، ويقضى القانون بأن المصروفات اللازمة لاجراء الانقاص ، حتى ولو تم بموافقة الدائن ، تكون على من طلب الانقاص .

ويلاحظ فى هذا الصدد أنه يسرى على الاختصاص ما يسرى على الرهن الرسمى من حيث عدم التجزئة ، فالعقار المحمل به ، يضمن كل جزء من أجزاء الدين .

٢٢٩ ـ انقضاء حق الاختصاص :

ينقضى حق الاختصاص بما ينقضى به الرهن الرسمى من أسباب ، سواء بصفة أصلية ، أم بصفة تبعية ، مع مراعاة ما يترتب على الفرق بين كل منهما من حيث المصدر ، فاذا الرهن يتقرر بعقد ، والاختصاص يتقرر بأمر من القاضى ، ولهذا أثره فى انقضاء مصدر كل منهما ، فان ينقضى الرهن بزوال العقد أيا كان سبب ذلك ، وينقضى الاختصاص بالغاء الامر الصادر به أو الطعن فى الحكم الذى قد يؤخذ الاختصاص بمقتضاه ويقبل الطعن .

الباب الثالث

الرهن الحيازى

٢٣٠ـ تمهيد

عرفت المادة ١٠٩٦ الرهن الحيازى بأنه عقد به يلتزم شخص ، ضمانا لدين عليه أو على غيره ، أن يسلم الى الدائن أو الى أجنبى يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا ، يخوله حبس الشئ لحين استيفاء الدين ، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون .

ومن هذا نتبين أن النص يعرف الرهن الحيازى بأنه عقد ، فهو ينظر الى مصدره ، كما أنه يخول للدائن التقدم على ثمن الشئ الذى يرد عليه الرهن ، والواقع أن التقدم يكون على المقابل النقدى بصفة عامة لهذا الشئ ، وقد سبق أن بينا كل هذا عند كلامنا على الرهن الرسمى .

وعلى ضوء ما سبق نستطيع أن نتبين أن الرهن الحيازى حق ينشأ من العقد ، لكن لا تشترط فيه الرسمية ، بل هو عقد رضائى . كما أنه حق عينى يخول للدائن المرتهن مزايا الحق العينى من حيث التقدم والتتبع ، ويستوفى الدائن حقه من المقابل النقدى الذى يحل محل الشئ ، وهو حق عينى تبعى يقوم ضمانا لالتزام أصلى ، ولهذا فانه يرتبط بالالتزام الاصلى من حيث وجوده وصحته وانقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ، والرهن الحيازى كالرهن الرسمى لا يقبل التجزئة ، فكل جزء من الشئ المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بالشئ المرهون كله ، ما لم ينص القانون أو يقض الاتفاق بغير ذلك .

وفى كلامنا عن الرهن الحيازى نعرض أولا لاركانه ، ثم لآثاره ، ثم لانقضائه .
وأخيرا نعرض لبعض أنواع الرهن الحيازى التى نص عليها القانون .

الفصـــــل الأول

أركان الرهـــن الحيـــــازى

٢٣١ـ العقد المنشئ للرهن عقد رضائي ـ تحديد أركانه :

الرهن الحيازى عقد رضائي ، وقد كان في ظل القانون المدني القديــم من العقود العينية لا ينعقد الا بتسليم الشئ المرهون ، ولكن التسليم لم يعـد الآن ركنا في العقد بل أصبح التزاما على الراهن يترتب بموجب العقد . وسنعـرض في ايجاز للرضا ثم للشئ المرهون ، ثم للالتزام المضمون ، متلافين تكرار القواعــد العامة أو القواعد التي يتشابه فيها الرهن الحيازى مع الرهن الرسمي .

أولا ـ الرضـــا

٢٣٢ـ تطبيق القواعد العامة في الرضا والاهلية :

يتم عقد الرهن بتبادل الرضا بين طرفيه وهما الراهن والدائن المرتهـن . وقد يكون الراهن هو المدين ، كما قد يكون شخصا آخر ، وهذا ما يتضح من المادة ١٠٩٦ اذ تنص على أن " الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ضمانا لدين عليـه أو على غيره " . ولا يوجد ما يختص به الرهن الحيازى من أحكام في هذا الصـدد ، ولهذا تطبق القواعد العامة من حيث وجود الرضا وصحته .

الأهلية : يعتبر عقد الرهن الحيازى من العقود الملزمة للجانبين خلافـا للرهن الرسمي . أما بالنسبة للراهن ، فلا يفترق الامر عن الرهن الرسمي ، سواء كان الراهن هو المدين أم كان شخصا آخر وهو الكفيل العيني . وأما بالنسبة للمرتهن فان التصرف يعتبر من التصرفات الدائرة بين النفع والضرر .

ثانيا ـ الشئ المرهـون

٢٣٣ ـ ما يجوز رهنه حيازيا يجب أن يكون مملوكا للراهن :

لكي ينعقد الرهن صحيحا ، يجب أن يكون الشئ المرهون من الأشياء الـتي

يجوز رهنها رهنا حيازيا، وأن يكون هذا الشيء مملوكا للراهن ، ونعرض لذلك فيما يلي :

١ ـ الاشياء التي يجوز رهنها رهنا حيازيا

٢٣٤ ـ تمهيد

الرهن الحيازي يرد على العقار والمنقول ، خلافا للرهن الرسمي . ويلزم لكي يرد الرهن على عقار أو منقول أن يكون مما يدخل في دائرة التعامل ، ومما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني ،وان يكون معينا وموجودا .فاذا تحدد لنا ما يجوز رهنه كان علينا بعد ذلك أن نبين ما يشمله الرهن .

٢٣٥ ـ (١) شروط ما يجوز رهنه:

١ ـ ورود الرهن الحيازي على العقار والمنقول : يرد الرهن الحيازي على العقار ، شأنه في ذلك شأن الرهن الرسمي تماما . فما يصح رهنه رسميا يصح رهنه حيازيا .

وبالاضافة الى هذا فانه يصح رهن المنقول رهنا حيازيا ،خلافا للرهن الرسمي . والمنقول ،متى كان قابلا للحيازة ، يجوز رهنه حيازيا ، سواء كان منقولا ماديا أومعنويا

فيجوز رهن المنقولات المادية ، سواء كانت قيمية أم مثلية ،بشرط ألا تكون عقارات بالتخصيص ، وطالما أنها لم تفصل على نحو ما بينا عند كلامنا على الرهن الرسمي .

وبالنسبة للنقود ، يجوز رهنها رهنا حيازيا ، وهذا ما يحصل كثيرا في العمل بالنسبة للمبالغ التي يودعها الاشخاص ضمانا لما قد ينشأ في ذمتهم من التزامات كالسيارفة وغيرهم ممن يؤتمنون على أموال الغير ، وكالمبالغ التي يقدمها المستأجر للمؤجر على سبيل التأمين .والواقع أن الرهن هنا يختلف عن الحجز العادي في الرهن ، اذ ان المرتهن هنا يتملك النقود المسلمة اليه على أن يرد مثلها فيما بعد . أي لا يعتبر ما سلم اليه أمانة يجب ردها هي ،كما هو الشأن بالنسبة للأموال الاخرى التي تسلم الى

المرتهن على سبيل الرهن الحيازى ، ولهذا يطلق على رهن النقود انه رهن حيازى ناقص .

ويجوز كذلك رهن الاموال المنقولة المعنوية ، بشرط أن تكون قابلة للبيع بالمزاد مثل حقوق المؤلفين ، وبراءات الاختراع والمحال التجارية والعلامات والبيانات التجارية والأسماء التجارية . كما يجوز أيضا رهن الديون والسندات وبوالص التأمين ، متى كانت قابلة للتحويل ، وعلى العكس من ذلك لا يجوز رهن المعاشات والمعاشات والديون والسندات الغير قابلة للتحويل .

(٢) يلزم أن يكون المال المرهون مما يدخل فى دائرة التعامل : أى من الأموال التى يجوز بيعها وهبتها والتصرف فيها ، على نحو ما بينا عند كلامنا على الرهن الرسمى .

(٣) يلزم أن يكون المال مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلنى : لا يكفى أن يكون المال داخلا فى دائرة التعامل ، وانما يلزم أن يكون مما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد ، وهذا شرط تقتضيه الحكمة من الرهن على نحو ما بينا عند الكلام على الرهن الرسمى .

(٤) يلزم أن يكون المال المرهون معينا : ينص القانون بالنسبة للرهن الرسمى على ضرورة تعيينه تعيينا دقيقا . فهل يلزم ذلك بالنسبة للرهن الحيازى ؟ لم يرد بين نصوص الرهن الحيازى ما يحيل على النصوص الخاصة بالرهن الرسمى فى هذا الصدد ، ولهذا يثار التساؤل ، هل نطبق القواعد الخاصة بالرهن الرسمى ، من حيث استلزام كون المرهون معينا تعيينا دقيقا ، أم نطبق القواعد العامة التى تكتفى بأن يكون محل الالتزام معينا أو قابلا للتعيين ؟

الواقع أن المادة ١٠٩٨ حين قضت بأن يسرى على الرهن الحيازى حكم المادة ١٠٣٣ الخاصة برهن ملك الغير وبطلان رهن الاموال المستقبلة ، تعنى أن يكون

رهن المال المستقبل رهنا حيازيا باطل . وقد سبق لنا أن بينا أن رهن المال المستقبل رهنا رسميا باطل لتعارضه مع مبدأ تخصيص الرهن ،أى أن بطلانه بسبب عدم تعيينه بالذات . فعلة البطلان هى عدم تعيين محل الرهن .وعلى ذلك فان الاحالة الى المادة ١٠٣٣ والقول تبعا لذلك ببطلان رهن المال المستقبل رهنا حيازيا ، يعنى أن يكون المال المرهون معينا ،والا كان باطلا .

وبالاضافة الى ذلك فان القانون يستلزم تعيين المال المرهون رهنا حيازيا فى قائمة القيد ،اذ تقرر المادة ١١١٤ انه يسرى على القيد بالنسبة للرهن الحيازى العقارى الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمى ،ومن هذه الاحكام وجوب تعيين العقار تعيينا دقيقا .كما تقرر المادة ١١١٧ فى شأن رهن المنقول انه يشترط لنفاذه فى حق الغير ، الى جانب انتقال الحيازة ،أن يدون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يعين فيهما المبلغ المضمون بالرهن ، والعين المرهونة بيانا كافيا . هذا الى جانب ما ينبغى أن يراعى من أن الحق العينى ،وهو حق الرهن ،لا ينشأ هنا بالنسبة للمنقولات المثلية الا بافرازها .

<u>(٥) يلزم أن يكون المال المرهون موجودا – بطلان رهن الاموال المستقبلة:</u>

وسواء كان المال المرهون عقارا أم منقولا فانه يجب أن يكون موجودا وقت ابرام العقد . فاذا لم يكن موجودا وانما كان شيئا مستقبلا ، وقع الرهن باطلا بطلانا مطلقا . وقد نصت المادة ١٠٩٨ على أن " تسرى على الرهن الحيازى أحكام المادة ١٠٣٣ " .وهذه الأخيرة تنص فى فقرتها الثانية على أنه يقع باطلا رهن المال المستقبل .وقد عرضنا لهذا من قبل عند الكلام على الرهن الرسمى .

٢٣٦ (ب) <u>مشتملات الرهن :</u>

لم يعين المشرع،كما فعل بالنسبة للرهن الرسمى ،ما يشمله الرهن ، الا أن المادة ١٠٩٩ /٢ فى صدد الكلام عن التزامات الراهن نصت على أنه " يسرى على الالتزام بتسليم الشئ المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشئ المبيع " .وتقضى المادة

٤٣٢ في شأن البيع أن التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما أعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين .

وعلى هذا الاساس يمكن تحديد ملحقات المال المرهون ، في حالة الرهن العقاري بما يخصص لخدمة العقار أو استغلاله ، وحقوق الارتفاق ، وما يطرأ من تحسينات وانشاءات تعود بمنفعة على المالك ويلحق بالرهن ثمار العقار من وقت الرهن . واذا هلك شيء من العقار أو ملحقاته أو تلف أو نزعت ملكيته شمل الرهن ما يؤول الى الراهن من حقوق بسبب ذلك . وقد نصت المادة ١١١٠/٢ على أن " تسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و ١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون الى ما حل محله من حقوق" .

واذا كان المرهون منقولا شمل الرهن ما يعتبر من ملحقاته حسب طبيعته وقصد المتعاقدين والعرف الجاري . فرهن بعض الالات الميكانيكية مثلا يشمل قطع الغيار اللازمة للافادة منها .

٢ ــ ملكية الراهن للشيء المرهون

٢٣٧ ــ تمهيد

لكي ينعقد الرهن الحيازي صحيحا ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي ، يجب أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون ، سواء كان الراهن هو المدين نفسه أو كان شخصا آخر يقدم الرهن ضمانا لدين على المدين (مادة ١٠٩٦) ونعرض فيما يلي لشرط ملكية الراهن للشيء المرهون وحكم رهن ملك الغير ، ثم نعرض بعد ذلك لحالة ما اذا كان الراهن مالكا تحت شرط ، أو مالكا زالت ملكيته بأثر رجعي ، كما نعرض لحالة الرهن الصادر من المالك الظاهر ، ورهن المباني المقامة على أرض الغير ، وأخيرا نعرض لحالة رهن العقار المملوك على الشيوع .

٢٣٨ـ (أ) رهن ملك الغير:

لكى ينعقد الرهن صحيحا ،يجب أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون . فما هو الحكم اذا رهن الشخص شيئا (عقارا أو منقولا) لا يملكه ؟ نصت المادة ١٠٩٨ على أن تسرى أحكام المادة ١٠٣٣ الخاصة بالرهن الرسمى على الرهن الحيازى .وقد نصت المادة ١٠٣٣ على حكم رهن ملك الغير فقضت بأنه" اذا كان الراهن غير مالك للعقار المرهون ،فان عقد الرهن يصبح صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى بورقة رسمية ،واذا لم يصدر هذا الاقرار ، فان حق الرهن لا يترتب على العقار الا من الوقت الذى يصبح فيه هذا العقار مملوكا للراهن" .

ومن الواضح طبقا لهذا النص ،وحسب ما بينا عند الكلام على الرهن الرسمى ، ان رهن ملك الغير يقع قابلا للابطال لمصلحة الدائن المرتهن . ويزول هذا البطلان ويصبح عقد الرهن صحيحا اذا أقره المالك الحقيقى ،أو اذا صار الراهن مالكا للشيء المرهون .

الا أنه يلاحظ فى هذا الصدد أن اقرار المالك الحقيقى فى حالة الرهن الرسمى ،يلزم أن يكون طبقا للمادة ١٠٣٣ بورقة رسمية .وذلك نظرا لان الرهن نفسه لاينعقد الا فى الشكل الرسمى .ولكن لما كان الرهن الحيازى يتم دون حاجة الى رسمية ،فان اقرار المالك الحقيقى فى هذه الحالة لا يلزم أن يكون بورقة رسمية .

لكن ما الحكم اذا لم يقر المالك الحقيقى الرهن الصادر من غيره على شيء مملوك له ؟ مقتضى حكم المادة ١٠٣٣ أنه لايكون للعقد أثر بالنسبة له .ويكون له تبعا لذلك أن يعتبر الرهن غير موجود ، ويتصرف فى الشيء على هذا الاساس .

الا أنه لما كان الرهن الحيازى يرد على العقار والمنقول ، خلافا للرهن الرسمى ، فان استعمال المالك لحقوقه على الشيء المرهون ، مع تجاهل عقد الرهن ، قد يصطدم بأحكام الحيازة فى المنقول .فالدائن المرتهن من غير المالك الحقيقى اذا حاز

المنقول المرهون بحسن نية أن له أن يتمسك بقاعدة الحيازة في مواجهة المالك .

فقاعدة الحيازة لا تقتصر على من يحوز منقولاً بقصد اكتساب ملكيته ، ولكنها تحمي كذلك من يجوز بنية اكتساب أي حق عيني آخر على المنقول ، مثل حق الرهن . ولقد نصت المادة ١٧٦ في هذا الصدد على أن " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سند لحامله فانه يصبح مالكاً له اذا كان حسن النية وقت حيازته" . أي أن الحيازة لا تقتصر فقط على كسب الملكية ، بل تشمل كذلك اكتساب حق عيني على هذا المنقول كالرهن . وقد نص القانون في صدد الرهن الحيازي بصفة خاصة على هذا الحكم فقضت المادة ١١١٨ بأن " ١ ـ الاحكام المتعلقة بالاثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات التي لحاملها ، تسري على رهن المنقول ٢ ـ وبوجه خاص يكون للمرتهن اذا كان حسن النية أن يتمسك بحقه في الرهن ، ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة أخرى لكل حائز حسن النية أن يتمسك بالحق الذي كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقاً لتاريخ الرهن" .

وعلى هذا فان للدائن المرتهن من غير مالك أن يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول ، أي يتمسك بالرهن في مواجهة المالك الحقيقي وذلك متى توافر شرط حسن النية والسبب الصحيح . والسبب الصحيح هو العقد الذي لا يعيبه سوى صدوره من غير مالك . أما حسن النية فهو أن يجهل الدائن المرتهن انه يرتهن من غير مالك بشرط أن يكون هذا الجهل بعدم ملكية الراهن قائماً وقت الحيازة . لا وقت العقد .

فاذا كان الدائن المرتهن حسن النية وقت عقد الرهن ، ثم علم فيما بعد عند تسلم المنقول بأنه غير مملوك للراهن انتفى حسن النية ، ولا يكون للدائن أن يتمسك بقاعدة الحيازة .

ويراعى في هذا الصدد أن الحيازة في ذاتها قرينة على وجود السبب الصحيح وحسن النية ، ما لم يقم الدليل على عكس ذلك (م ٩٧٦ / ٣) .

ومن هذا نستطيع أن نتبين أن الرهن الحيازى ينشأ بمقتضى الحيازة ، اذ فى هذا الفرض اذا توافر السبب الصحيح وحسن النية وقت الحيازة كان للدائن هـذا الحق على أساس الحيازة . ويترتب على هذا أن يكون له الامتناع عن رد المرهون الى مالكه الى أن يستوفى دينه كاملا ، وله أن يستوفى حقه بالتقدم من ثمن الشـىء المرهون .

واذا كان للدائن المرتهن أن يتمسك بقاعدة الحيازة على النحو السابق ، فانـه بموجب المادة ١/٩٧٧ يكون لمالك المنقول أن يسترده ممن حازه بحسن نية فـى حالة الفقد أو السرقة ، وذلك خلال ثلاث سنوات من وقت الضياع أو السرقة . ويكـون للمالك أن يسترد الشىء ، دون أن يكون للحائز التمسك قبله بقاعدة الحيازة .

واذا كان المشرع قد حمى الحائز حسن النية ، وأجاز له التمسك بقاعدة الحيازة ، وجعل لصاحب الشىء المنقول أن يسترده فى حالة الفقد والسرقة خلال ثلاث سنوات ، فانه قد نظر الى مصلحة الحائز مرة أخرى اذ نص فى المادة ٢/٩٧٧ على أنه " فـاذا كان من يوجد الشىء المسروق أو الضائع فى حيازته قد اشتراه بحسن نية فى سـوق أو مزاد علنى أو اشتراه ممن يتجر فى مثله ، فان له أن يطلب ممن يسترد هذا الشـىء ان يعجل له الثمن الذى دفعه " . والحكم السابق خاص بالحائز الذى اشترى الشىء المسروق أو الضائع ويخول له القانون ، اذا كان الشراء قد تم على النحو السـابق ، أن يطالب من يسترد الشىء بتعجيل الثمن . واذا كان الثمن يتعلق بالمشـترى ويخول له المطالبة بتعجيل ما دفعه ، فهل يطبق الحكم بالنسبة للدائن المرتهـن ، اذا حاز المنقول المفقود أو الضائع ، فيكون له أن يطالب من يسترد الشىء بتعجـيل الدين الذى تم رهن المنقول هنا ضمانا للوفاء به ؟

انقسم الفقه حول هذا الموضوع ، اذ رأى البعض أن المادة ٢/٩٧٧ ، لا تعـنى سوى مشترى المنقول المسروق أو الضائع ، فلا يحق للدائن المرتهن أن يستفيد مـن حكمها ، بينما ذهب البعض الاخر الى أن حكم المادة ٢/٩٧٧ ينسحب كذلك الى الدائن

المرتهن الذى يكون له أن يتمسك بحكمها ويمتنع عن رد المنقول حتى يستوفى الدين الذى قام رهن المنقول ضمانا للوفاء به •

والواقع أن الرأى الثانى يتفق مع ما تقضى به المادة ١١١٨ لان المشرع قد احال فى هذا النص على القواعد العامة فى حيازة المنقول ومن بينها حكم المادة ٢/١٧٧ حقا أن هذا النص الاخير يتكلم عن مشترى الشئ ،ولكن احالة المادة ١١١٨ الى قواعد الحيازة تقتضى أعمال حكم المادة ٢/٩٧٧ فيكون للدائن المرتهن أن يمتنع عن رد المنقول حتى يستوفى دينه ،متى كان الرهن قد تم طبقا للوضع الذى تقضى به المادة ٢/٩٧٧ •

٢٣٩ ــ الرهن من المالك تحت شرط :

يجوز أن تكون ملكية الراهن للشئ المرهون معلقة على شرط،سواء كان الشرط واقفا أم فاسخا ،ويسرى على الرهن الحيازى المعلق على شرط الاحكام السابق بيانها فى هذا الصدد بالنسبة للرهن الرسمى •

الا أنه ينبغى أن يراعى ما يترتب على أعمال قاعدة الحيازة فى حالة المرهون المنقول فى هذا الصدد ،فقاعدة الحيازة كثيرا ما تعطل الاثر الرجعى للشرط، اذ يكون للدائن المرتهن أن يتمسك بها ويمتنع عن رد الشئ المرهون •

وينبغى أن يراعى أن المالك تحت شرط واقف ،قد لا تتوافر له حيازة الشئ ، فلا يستطيع نقل حيازته الى الدائن المرتهن ،وبالتالى لا يمكن للدائن عملا ، أن يتمسك بالقاعدة •

وبالنسبة لحالة الشرط الفاسخ ، اذا تحقق الشرط فانه يزيل الملكية بأثر رجعى ،مما يؤدى الى القول بزوال الرهن أيضا • الا أن هذا الزوال المترتب على منطق الاثر الرجعى ،يصطدم فى حالة رهن المنقول بتمسك الدائن المرتهن بقاعدة الحيازة ، وبذلك يظل الرهن قائما رغم زوال ملكية الراهن • هذا فى حالة المرهون

المنقول ٠لكن ما الحكم اذا كان المرهون عقارا ، هل يطبق حكم المادة ١٠٣٤؟ هـذا ما نعرض له ٠

٢٤٠ـ (ح) حماية الدائن المرتهن حسن النية من زوال الملكية بأثر رجعي :

رأينا عند كلامنا على الرهن الرسمي أن المشرع يحمي الدائن المرتهن حسـن النية ويبقى على الرهن المقرر على عقار زالت ملكيته عن الراهن بأثر رجعي (م١٠٣٤) ولم ينص المشرع على مثل هذا الحكم بالنسبة للرهن الحيازي ،كما أنه لم يحل الى حكم المادة ١٠٣٤ الخاصة بالرهن الرسمي ٠

ومع ذلك فان الرأى السائد في الفقه هو حماية الدائن المرتهن حسن النيـة ، حتى ولو في حالة زوال ملكية الراهن بأثر رجعي ، كما هو الشأن بالنسبة للدائـن المرتهن رهنا رسميا ،وذلك استنادا الى أحكام المادتين ١٥ و١٧ من قانون الشهـر العقاري ، وطبقا لذلك يكون على من يطعن في سند ملكية الراهن أن يؤشر بدعـواه في هامش تسجيل المحرر الناقل للملكية ، سواء تعلق الامر ببطلان أو فسخ أو الغاء أو رجوع ، فاذا كان المحرر الاصلي غير مشهر ، تسجل دعوى الطعن ذاتها ٠

ويقصد من هذا الاجراء تنبيه من يتعامل مع مالك العقار بأن سند ملكيته مهدد بالزوال وان هناك دعوى رفعت بهذا الشأن ٠وتبعا لذلك لا يكون الدائن الـذى يرتهن العقار بعد هذا التأشير (أو التسجيل) جديرا بالحماية ٠ فاذا أبطل سنـد ملكية الراهن بعد ذلك أو فسخ أو الغى ٠٠ فلا يكون للمرتهن بعد التأشير (أو التسجيل) سالف الذكر التمسك بحقه في الرهن ، لزوال ملكية الراهن ٠

ولكن هذا الزوال لا يؤثر في بقاء الرهن الذى تقرر لدائن مرتهن قبل التأشـير بدعوى الطعن (أو تسجيلها) ، متى كان حسن النية على نحو ما بينا عند كلامنا عـلى الرهن الرسمي ٠

ويضيف الفقه الى ذلك أن حماية الاوضاع الظاهرة تؤدى الى القول بالابقـاء

على الرهن حماية للمرتهن حسن النية ماذا زالت ملكية الراهن بأثر رجعى ، كما أنـه لا تجب التفرقة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى فى هذا الصدد . وبهذا تمتـد الحماية كذلك الى الدائن المرتهن رهنا حيازيا متى كان حسن النية .

٢٤١ــ(د) الرهن من المالك الظاهر:

رأينا عند كلامنا على الرهن الرسمى ، أن المشرع لم يعرض بنصوص خاصة لحكـم رهن المالك الظاهر ، ومع ذلك فان استقرار التعامل وحماية الثقة المشروعة يؤديان الى القول هنا أيضا بصحة الرهن الحيازى الصادر من شخص يظهر بمظهر المالك ويتعامـل مع دائن مرتهن حسن النية .

وقد سبق أن عرضنا للرهن الصادر من المالك الظاهر فى حالة المالك بسنـد صورى والوارث الظاهر ، ونحيل فى هذا الصدد الى ما سبق ذكره بشأنهما عند كلامنـا على الرهن الرسمى .

٢٤٢ــ(هـ) رهن المبانى القائمة على أرض الغير:

نصت المادة ١٠٣٨ فى شأن الرهن الرسمى على أنه يجوز لمالك المبانى القائمـة على أرض الغير ان يرهنها . وفى هذه الحالة يكون للدائن المرتهن حق التقدم فـى استيفاء الدين من ثمن الانقاض اذا هدمت المبانى ، ومن التعويض الذى يدفعه مـالك الارض اذا استبقى المبانى وفقا للأحكام الخاصة بالالتصاق .

ولم ينص المشرع على أحكام مماثلة للأحكام الواردة فى المادة ١٠٣٨ بالنسبة للرهن الحيازى ، كما أنه لم يحل الى هذا النص .

ومع ذلك فانه يمكن تطبيق حكم المادة ١٠٣٨ ، فهى اذ تقرر جواز رهن المبانـى القائمة على أرض الغير ، لا تخرج فى ذلك عن القاعدة التى تقضى بضرورة أن يكـون الراهن مالكا للشئ المرهون . ولهذا يصح الرهن فى هذه الحالة ، واذا ما استحـق الدين وكانت المبانى لاتزال قائمة فى ملك الراهن تم التنفيذ عليها واستوفى الدائـن

المرتهن رهنا حيازيا حقه من ثمنها ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي .

أما في حالة ما اذا استحق الدين المضمون بالرهن بعد أن زالت ملكية الراهن من المباني ، لأي سبب ، سواء انتقلت الى مالك الارض طبقا لاحكام الالتصاق أو أزيلت ، فان للدائن المرتهن أن يستوفي حقه من التعويض الذي يدفع لصاحب المباني أو من ثمن الانقاض اذا ما هدمت المباني . ذلك أن المشرع يقضي في المادة ٢/١١٠٢ بسريان حكم المادة ١٠٤١ الخاصة بالرهن الرسمي ، والتي تقضي بانتقال حق الدائن من الشيء المرهون الى ما حل محله من حقوق ، على الرهن الحيازي ، ولهذا يمكن الاستناد الى نص المادة ١٠٤٩ والقول بأن الدائن المرتهن للمباني القائمة على أرض الغير يستوفي حقه من المبلغ الذي يحل محلها ، سواء على أثر ازالتها أو لانتقالها الى مالك الارض ، وذلك بطبيعة الحال في حالة ما اذا استحق الدين المضمون بالرهن بعد أن زالت ملكية الراهن .

٢٤٣ـ (و) رهن الاشياء المملوكة على الشيوع :

رأينا فيما سبق أنه ليس من المحتم أن يكون الراهن مالكا للشيء المرهون ملكية مفرزة ، وانما يصح أن تكون شائعة ، وأن المشرع قد نظم الآثار المترتبة على رهن المال الشائع رهنا رسميا (م١٠٣٩) ، ولكن بالنسبة الى الرهن الحيازي لم يورد تنظيم خاص في هذا الصدد ، ولم يحل المشرع الى الاحكام الخاصة برهن المال الشائع رهنا رسميا .

واذا كان المشرع لم يورد تنظيما خاصا لرهن المال الشائع رهن حيازة ، فان الامر يخضع للقواعد العامة ، فيجوز رهن الحصة الشائعة رهن حيازة ، كما يجوز أن يرهن الشريك في الشيوع نصيبا مفرزا ، والعبرة بنتيجة القسمة ، ونفرق في هذا الصدد بين الرهن الصادر من جميع الشركاء ، ورهن حصة شائعة أو مفرزة .

الرهن الصادر من جميع الشركاء : اذا رهن المال الشائع من جميع الشركاء ، ثم اختص كل شريك عند القسمة بنصيب من هذا المال الشائع تحملت كل الحصص بالرهن .

أما اذا اختص أحد الشركاء فقط بهذا المال بعد القسمة ،فانه لايتحمل بالرهن الا بقدر حصة هذا الشريك ،اذ يعتبر أنه كان مالكا للمال كله منذ بدء الشيوع، ولذلك لايكون للرهن الذى صدر من باقى الشركاء أثره فى مواجهته ، ما لم يقره ، وتنص المادة ٨٤٣ على أن " يعتبر المتقاسم مالكا للحصة التى آلت اليه منذ أن تملك فى الشيوع ، وأنه لم يملك غيرها شيئا فى بقية الحصص" .

هذا هو الحكم الذى تقضى به القواعد العامة فى الشيوع ، وقد خرج المشرع عليها بالنسبة للرهن الرسمى فى المادة ١٠٣٩ / ١ حيث قرر أنه " يبقى نافذا الرهن الصادر من جميع الملاك لعقار شائع ،أيا كانت النتيجة التى تترتب على قسمة العقار فيما بعد ، أو على بيعه لعدم امكان قسمته" .ولما كان نص المادة ١٠٣٩ يعتبر خروجا على القواعد العامة فى الشيوع،فانه لايصح القياس عليه ، كما أنه لا يطبق بالنسبة للرهن الحيازى لعدم احالة المشرع اليه فى صدد كلامه عن الرهن الحيازى .

<u>الرهن الصادر من أحد الشركاء</u>: قد يصدر الرهن من أحد الشركاء فقط،وقد يكون ذلك لحصة شائعة أو لحصة مفرزة .

فاذا رهن أحد الشركاء حصة شائعة وقع صحيحا ،وتوقف الامر على نتيجة القسمة . فاذا اختص بجزء مفرز من المال المرهون تحمل هذا الجزء بالرهن واحتفظ له بمرتبته الاصلية .

واذا رهن حصة مفرزة وقع رهنه صحيحا كذلك ،متوقفا على نتيجة القسمة ،فاذا اختص بالجزء الذى رهنه صار الرهن نهائيا محتفظا بمرتبته .واذا لم يختص بهذا الجزء بل آل اليه جزء آخر من المال المرهون انتقل الرهن الى ما آل اليه،وذلك تطبيقا للقاعدة الواردة فى المادة ٢/١٢٦ الواردة عند الكلام على الملكية الشائعة .

واذا لم يختص الراهن بأى جزء من المال الذى رهن منه حصة شائعة أو مفرزة بل اختص بمال آخر ، فما الحكم ؟ رأينا أن المشرع قد نص بالنسبة للرهن الرسمى على

المادة ١٠٣٦/٢ على انتقال الرهن بمرتبته الى قدر من الاعيان التى آلت الى الراهن ، يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا فى الاصل . ولكن لما كانت المادة ١٠٣٩ تقرر حكما استثنائيا خاصا بالرهن الرسمى ، فانه لا يمكن تطبيق حكمها على الرهن الحيازى فى هذا الصدد . أى أنه اذا اختص الشريك الراهن بمال آخر كان يشمله الشيوع ، غير المال الذى رهنت منه حصة شائعة أو مفرزة ، فانه لا يمكن تطبيق حكم المادة ١٠٣٩/٢ . أما اذا اختص بجزء من المال نفسه الذى رهن منه حصة شائعة أو مفرزة ، انتقل الرهن الى ما آل اليه من هذا المال بعد قسمته تطبيقا للقواعد العامة فى الشيوع .

ثالثا – الالتزام المضمون

٢٤٤ – تطبيق أحكام الرهن الرسمى :

لكى يقوم الرهن الحيازى صحيحا ، يجب أن يستند الى التزام صحيح وكما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى ، فان الرهن الحيازى لا ينفصل عن الدين المضمون ، بل يكون تابعا له فى صحته وفى انقضائه ، ما لم ينص القانون على غير ذلك .

واذا كان الراهن غير المدين كان له الى جانب تمسكه بأوجه الدفع الخاصة به أن يتمسك بما للمدين التمسك به من أوجه الدفع المتعلقة بالدين ، ويبقى له هذا الحق حتى ولو نزل عنه المدين .

هذا هو الحكم المادة ١٠٤٢ الواردة بشأن الرهن الرسمى وهى واجبة التطبيق على الرهن الحيازى بنص المادة ١٠٩٨ التى أحالت اليها .

وكما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى كذلك لا يهم موضوع الالتزام المضمون بالرهن الحيازى أو سببه ، كما لا تهم أوصافه ، فقد يكون باتا أو معلقا على شرط ، كما قد يكون دينا مستقبلا أو دينا احتماليا . وتطبق هنا أحكام المادة ١٠٤٠ الواردة بشأن الرهن الرسمى كذلك .

الفصل الثاني

آثار الرهن الحيازي

٢٤٥ـ تقسيم الموضوع :

كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي ، نعرض لآثار الرهن الحيازي فيما بين المتعاقدين ثم بالنسبة الى الغير .

المبحث الأول : آثار الرهن فيما بين المتعاقدين

٢٤٦ـ فرض التزامات وتقرير حقوق للطرفين :

عقد الرهن من العقود التي تولد التزامات على كل من الراهن والمرتهن ، فاذا كان الراهن يلتزم بتقرير حق الرهن ، فان ملكية الشيء المرهون تبقى له بمزاياها الا ما تعارض منها مع حقوق الدائن المرتهن . ومن جهة أخرى فان الحيازة تنتقل الى المرتهن ، ولهذا يفرض القانون عليه بعض الالتزامات ، لكن الرهن يخوله حقا عينيا على الشيء المرهون تثبت له بموجبه سلطات معينة يقصد من ورائها تحقيق غرض الرهن .

ومن ذلك نتبين أن الرهن يفرض على كل من الراهن والمرتهن التزامات معينة ويقرر له من جهة أخرى حقوقا . وسنتكلم أولا عن التزامات وحقوق الراهن ، ثم عن التزامات وحقوق المرتهن .

المطلب الاول : التزامات الراهن وحقوقه

٢٤٧ـ تمهيد :

يلتزم الراهن باعطاء حق ، كما يلتزم بتسليم الشيء المرهون ، وبسلامة الرهن ونفاذه ، فنعرض لهذه الالتزامات ، كما نعرض لحكم هلاك الشيء المرهون أو تلفه ، ثم لحقوق الراهن على الشيء المرهون .

أولا - التزامات الراهن وضمان هلاك المرهون أو تلفه

٢٤٨ - التزامات الراهن:

أ - الالتزام بإعطاء حق الرهن:

يلتزم الراهن بموجب العقد بتقرير حق عيني تبعي على الشيء المرهون . ويكتسب الدائن المرتهن هذا الحق فور التعاقد طالما كان الشيء المرهون معينا بذاته ومملوكا للراهن . اما اذا كان الشيء المرهون غير معين بالذات مثل بالنوع، فلا ينشأ حق الرهن الا بالافراز وعلى الراهن أن يقوم بذلك والا كان مخلا بالتزامه، كما أنه اذا كان الشيء المرهون معينا بذاته لكنه مملوك لغير الراهن، فلا ينشأ حق الرهن الا اذا تملك الراهن الشيء المرهون، فاذا لم يتم ذلك اعتبر الراهن مخلا بالتزامه، ويكون للدائن أن يطالبه بالدين فورا لسقوط الاجل بسبب عدم تقديمه ما وعد به من تأمينات، كما يكون للدائن كذلك أن يطالبه بالتعويض ان كان له محل .

ب - الالتزام بتسليم الشيء المرهون:

يعتبر الالتزام بالتسليم مكملا لالتزام الراهن بتقرير حق عيني تبعي على الشيء المرهون، ولهذا الالتزام أهميته، لأنه بالتسليم تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن أو الى شخص آخر، فتحقق بذلك العلانية اللازمة لنفاذ الرهن في حق الغير، كما يتمكن الدائن المرتهن بذلك من استغلال الشيء وخصم الغلة مما يستحق له في ذمة المدين .

وقد نصت المادة ١٠٩٦ / ١ على أن " على الراهن تسليم الشيء المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه " . أي أن التسليم لا يكون الا للراهن أو الى شخص أجنبي يتفق المتعاقدان عليه، وهو ما يسمى " بالعدل " .

وينص القانون على أنه يسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام

بتسليم الشيء المبيع. وعلى ذلك يلتزم الراهن بتسليم الشيء المرهون. وملحقاتـه بالحالة التي كان عليها وقت الرهن.

كما تطبق أحكام البيع كذلك بالنسبة لزمان التسليم ومكانه وكيفيته. ومع ذلك فانه ينبغي أن يراعى الا يطبق من هذه الاحكام الا ما لا يتعارض مع الحكمة التي اشترط التسليم من أجلها. ذلك أن تسليم الشيء المرهون الى المرتهن أو الى العدل يقصد من ورائه جعل الرهن نافذا قبل الغير. ولهذا لا تسرى على التسليم هنا أحكام التسليم الحكمي، لانه لا يجدى في نفاذ الرهن على الغير. فلا يصح أن يحتفظ الراهن بالمال المرهون على أساس آخر كالعارية أو الايجار. الا أنه اذا كان المرهون عقارا واستبقى الراهن حيازته على سبيل الايجار، فان الرهن يصح متى ذكر ذلك في قائمة القيد أو تم التأشير به اذا وقع في تاريخ لاحق.

واذا لم يقم الراهن بالتزامه بالتسليم، امكن اجباره على التنفيذ ان كان ذلك ممكنا طبقا للقواعد العامة، فاذا أصبح التنفيذ غير ممكن جاز فسخ الرهن، والمطالبة بالوفاء بالدين المضمون فورا لسقوط الاجل بسبب عدم تقديم المدين ما وعد به من تأمينات. كما يجوز للدائن كذلك المطالبة بالتعويض ان كان له محل.

جـ - الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه:

نصت المادة ١١٠١ على أن " يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس لـه أن يأتي عملا ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد. والدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون.

فالراهن يضمن سلامة الرهن. وهذا الالتزام يتولد بمقتضى عقد الرهن، ولهذا يكون الراهن ملتزما بسلامة المرهون سواء سلم الشيء المرهون أو حتى قبل تسليمه فلا يجوز له أن يأتي عملا أو يقصر تقصيرا يكون من شأنه الانتقاص من قيمة الشيء

المرهون كأن يخربه أو يتلفه أو يهدم العقار .

وللدائن المرتهن أن يمنع الراهن من القيام بما يهدد سلامة العقار المرهون وله في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون .

كما يلتزم الراهن بجعل الرهن نافذا لصالح الدائن المرتهن في حق الغير، ولهذا يكون عليه القيام بتسليم المرهون ، واتخاذ اللازم لقيد الرهن في حالة العقار ، كما يلتزم بتمكين المرتهن من استعمال حقوقه المستمدة من الرهن ، فيمتنع عليه مثلا أن يسلب حيازة الشيء المرهون من المرتهن أو يحول بينه وبين ادارته واستغلاله ، طالما لم يرتكب المرتهن أي تقصير .

كما يضمن الراهن نفاذ الرهن في حق الغير ، وذلك بالامتناع عن كل ما يترتب عليه عدم سريان الرهن في حق هؤلاء ، ولهذا لا يجوز للراهن أن يرتب على الشيء المرهون حقا عينيا يكون نافذا في حق الدائن المرتهن ، كان يبيع المنقول لشخص آخر حسن النية ويسلم اليه فيتمسك بالحيازة في مواجهة الدائن المرتهن ، اذ أن رهن هذا الاخير لا يسري على مشتري المنقول متى تمسك بحسن النية والسبب الصحيح . وكما اذا باع الراهن العقار المرهون لشخص يقوم بالتسجيل قبل قيد الرهن ، اذ لا يكون الرهن نافذا في مواجهة المشتري .

٢٤٩ـ ٢ـ ضمان هلاك المرهون أو تلفه

نصت المادة ١١٠٢ على أنه : " ١ـ يضمن الراهن هلاك الشيء المرهون أو تلفه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا لخطئه أو ناشئا عن قوة قاهرة ٢ـ وتسري على الرهن الحيازي أحكام المادتين ١٠٤٨ و١٠٤٩ المتعلقة بهلاك الشيء المرهون رهنا رسميا أو تلفه ، وبانتقال حق الدائن من الشيء المرهون الى ما حل محله من حقوق " .

ومن هذا النص يتبين أن الراهن يضمن هلاك الشيء المرهون أو تلفه متى كان

ذلك راجعا لخطئه أو للقوة القاهرة ،أي دون خطأ من الراهن .

والواقع أن ضمان هلاك المرهون أو تلفه ،ليس الا نتيجة الالتزام الراهن بسلامة الرهن .ذلك أنه اذا كان الهلاك أو التلف راجعا الى خطأ الراهن ،كان ذلك اخلالا منه بالتزامه بضمان سلامة الرهن .أما اذا كان الهلاك أو التلف ناشئا عن قوة قاهرة ، فتسرى أحكام القواعد العامة فى تحمل تبعة الهلاك وسقوط الاجل بسبب ضعف التأمينات .وفى كلتا الحالتين تطبق أحكام المادة ١٠٤٨ بفقرتيها .ولما كانت الفقرة الثانية من المادة ١١٠٢ سالفة الذكر تحيل الى المادة ١٠٤٨ ،فانه لم يكن هناك داع لنص الفقرة الاولى منها اكتفاء بالفقرة الثانية .

ولا يختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمى من حيث ضمان الهلاك أو التلف سواء كان ذلك بخطأ الراهن أم بسبب أجنبى .كما أنه هلك الشىء المرهون أو تلف لأى سبب كان انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك كالتعويض أو مبلغ التأمين أو الثمن الذى يقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة .وتحيل المادة ١١٠٢ الى هذه الاحكام التى سبق الكلام عنها بالنسبة للرهن الرسمى .

ثانيا ــ حقوق الراهن

١٥٠ ــ الحد من سلطات ملكية الراهن بحفظ حقوق المرتهن :

لا يترتب على الرهن انتقال ملكية الشىء المرهون من الراهن ، بل تظل له الملكية .ولكن بقاء الملكية للراهن يراعى فيه الحد منها بقدر ما يخوله الراهن من سلطات للدائن المرتهن .

فمن حيث استعمال الشىء المرهون واستغلاله ،لايكون للراهن شىء من ذلك ،بل يثبتان مؤقتا للدائن المرتهن ما دام قد تسلم الشىء المرهون على أن يخصم ذلك مما يستحق له ،كما سنرى .

أما بالنسبة للتصرف ،فانه بالنسبة للتصرفات المادية ،لا يكون للراهن اجراء

بها ،متى كانت تؤدى الى المساس بسلامة الشيء المرهون .

وبالنسبة للتصرفات القانونية ،تبقى للراهن وحده ،فله أن يبيع الشيء المرهون أويهبه ، وله أن يرهنه كذلك ،وهذا لا يؤثر بطبيعة الحال في حق المرتهن طالما كان حقه سابقا على هذه التصرفات وساريا في مواجهة الغير المتصرف اليهم .ويكون للمرتهن أن يمتنع عن تسليم الشيء المرهون ويحبسه الى أن يستوفى حقه .

هذا ولا يقتصر الامر على بقاء الملكية للراهن فى هذه الحالة ،بل تظل له الحيازة القانونية للشيء ،اما المرتهن فانه مجرد حائز عرضى .ولهذا فان المرتهن لا يتملك الشيء بالتقادم مهما طالت المدة – ما لم يغير سبب حيازته (أنظر المادة ٩٧٢ مدنى) .ويترتب على ذلك أيضا أنه اذا كان الراهن قد رهن ملك الغير ، وتوافرت شروط كسب الملكية بالتقادم ،فان التقادم يتم لحساب الراهن ، حتى ولو كان الشيء فى حيازة المرتهن ، لان هذا الاخير يجوز نيابة عن الراهن .

المطلب الثاني :التزامات المرتهن وحقوقه

٢٥١– تقسيم الموضوع:

يرتب الرهن الحيازى التزامات على عاتق المرتهن ،كما تترتب له حقوق بمقتضى حق الرهن .ونعرض لذلك فيما يلى :

١– التزامات المرتهن

٢٥٢– بيان هذه الالتزامات :

متى تسلم المرتهن الشيء المرهون التزم بحفظه وصيانته ، كما يلتزم كذلك بادارته واستثماره ثم برده فى النهاية عند انقضاء الرهن .

٢٥٣– ١– الالتزام بالحفظ والصيانة:

" اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل فى حفظه وصيانته

من العناية ما يبذله الشخص المعتاد . وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه (م١١٠٣) .

فالتزام المرتهن بالحفظ والصيانة لا ينشأ الا اذا تسلم الشيء المرهون . ويستلزم القانون أن يبذل المرتهن من العناية ما يبذله الشخص المعتاد ، فيؤاخذ على كل تقصير لا يقع من شخص عادي ، ولو كان هذا التقصير يسيرا .

وتختلف الامور التي يجب عليه القيام بها لحفظ الشيء وصيانته باختلاف الظروف . فاذا كان المرهون منزلا مثلا ، وجب عليه اصلاح ما يعتريه من خلل ، واذا كان حيوانا قدم له العلف اللازم .. والامر يختلف بحسب الظروف ، ويقدره القضاء في كل حالة .

وصيانة الشيء المرهون تقتضي أن يمتنع المرتهن عن التصرف فيه بأي وجه ، بالبيع أو الرهن .. ولا يكون لذلك أي أثر في مواجهة المالك الحقيقي ، ما لم تتعطل سلطاته بتمسك المتصرف اليه بقاعدة الحيازة في المنقول . واذا ما بدد المرتهن الشيء المرهون عد مرتكبا لجريمة خيانة الامانة .

وفي سبيل قيام المرتهن بالحفظ والصيانة يتعين عليه القيام بالمصروفات اللازمة لذلك ، أيا كانت هذه المصروفات ، اللهم الا اذا كانت فوق طاقته ، فيكون في حل من انفاقها ، بشرط أن يخطر الراهن بذلك لكي يقوم هذا الاخير بما يلزم . والنفقات التي يقوم المرتهن بدفعها في سبيل الحفظ والصيانة تكون دينا على الراهن ، مضمونة بالرهن ، وتستوفى من غلة المرهون ، واذا لم تكف الغلة تستوفى من ثمن الشيء المرهون ، في مرتبة الرهن .

وقد أوردت المادة ١/١١١٦ تطبيقا للقاعدة الواردة في المادة ١١٠٣ بالنسبة لحالة الرهن العقاري فقضت بأن " على الدائن المرتهن لعقار أن يتعهد العقار بالصيانة ، وأن يقوم بالنفقات اللازمة لحفظه ، وأن يدفع ما يستحق سنويا على العقار

من ضرائب وتكاليف معلى أن يستنزل من الثمار التى يحصلها قيمة ما أنفقه أو يستوفى هذه القيمة من ثمن العقار فى المرتبة التى يخولها له القانون ."

كما طبق المشرع القاعدة السابقة بالنسبة لرهن الدين فى المادة ١١٢٦/٢ .

هذا هو التزام الدائن المرتهن بحفظ المرهون وصيانته .فاذا قصر فى القيام بما ينبغى عليه تقصيرا لا يقوم به الشخص المعتاد ، كان مسئولا ، وهو يسأل ،كما قدمنا ،حتى عن التقصير اليسير . فاذا ترتب على تقصيره أن هلك الشئ أو تلف ، كان مسئولا عما ينشأ من اضرار ويلزم بالتعويض للراهن . واذا هلك الشئ المرهون أو تلف كان مسئولا ، ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبى لا يد له فيه ،فعلى المرتهن أن ينفى التقصير عن نفسه ، واذا عجز عن ذلك تحمل تبعة الهلاك أو التلف .

٢٥٤ ـ ٢ : الالتزام بادارة المرهون واستثماره :

(أ) ادارة الشئ المرهون :

يلتزم المرتهن بعد تسلمه للشئ المرهون أن يقوم بادارته .وقد نصت المادة ١١٠٦ على هذا الالتزام .ويتولى الدائن المرتهن ادارة الشئ المرهون بما يتفق وطبيعته والغرض منه .فاذا كان منزلا كان له أن يسكنه أو أن يؤجره للغير . واذا كان أرضا زراعية كان له أن يزرعها أو يؤجرها لمن يزرعها ... وفى جميع الحالات يتعين على المرتهن أن يبذل من العناية ما يبذله الرجل المعتاد .

وليس للدائن المرتهن ان يخرج عن نطاق الادارة المعتادة للشئ المرهون ولهذا لا يجيز له القانون أن يغير من طريقة استغلاله الا برضاء الراهن .فاذا كان المرهون منزلا معد للسكنى مثلا ،فليس له أن يحوله الى مصنع أو فندق ، واذا كان سيارة خاصة فليس له أن يحولها الى سيارة أجرة ما لم يوافق الراهن على ذلك .

كما أن حسن الادارة كذلك يستلزم أن يبادر المرتهن باخطار الراهن عن كل أمر يقتضى تدخله .

فاذا قصر المرتهن فى ادارته عما يستلزم من الشخص المعتاد ، او اذا قام بتغيير طريقة استغلال المرهون دون موافقة الراهن ، أو لم يقم باخطار الراهن بما يقتضى تدخله ، وترتب على ذلك ضرر كان مسئولا عما ينجم عن ذلك من أضرار للراهن ويلتزم بالتعويض .

وفضلا عن ذلك فقد عرض المشرع لبعض صور اخلال المرتهن بالتزامه وقرر لهما جزاء خاصا . وتنص المادة ١١٠٦/٢ على أنه " اذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء ادارة سيئة أو ارتكب فى ذلك اهمالا جسيما ، كان للراهن الحق فى أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه ـ وفى الحالة الاخيرة اذا كان المبلغ المضمون بالرهن لاتسرى عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله فلا يكون للدائن الا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانونى عن المدة ما بين يوم الوفاء ويوم حلول الدين " . وعلى ذلك اذا تحقق أمر من الأمور الثلاثة ـ وهى اساءة استعمال حق الادارة والادارة السيئة والاهمال الجسيم فيها ـ كان الراهن بالخيار بين : أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة ، أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه من دين سواء كان أجل الوفاء به قد حل أم لم يحل ، وفى هذه الحالة الاخيرة اذا كان الدين بدون فوائد تخصم قيمة الفائدة عن المدة الباقية ، ويصبح حق الدائن ما يتبقى بعد خصم هذه القيمة أى أن الدائن يستحق الدين منقوصا منه قيمة الفوائد القانونية عن المدة ما بين الوفاء وحلول الاجل .

٢٠٥ ـ (ب) ـ استثمار الشيء المرهون :

اذا كان المرهون ينتج ثمارا ، فان واجبه فى ادارته يقتضى أن يقوم باستثماره فاستثمار الشيء المرهون واجب يقع على عاتق المرتهن . ولهذا يسأل اذا أخل بهذا الالتزام ، ويلتزم بتعويض الراهن عما فاته من ربح بسبب عدم قيامه باستثمار الشيء .

وليس للمرتهن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل . وهذا الحكم لا يصح الاتفاق على مخالفته اذ لو جاز للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون دون مقابل لأدى ذلك

الى حصوله على فوائد تجاوز الحد الاقصى المقرر قانونا لسعر الفائدة ،أى أن شمل هذا الاتفاق قد يخفى فوائد ربوية .واذا استعمل الدائن المرتهن الشيء المرهون بنفسه تعين تقدير ما يقابل هذا الانتفاع ، ويخصم ذلك مما هو مستحق له ،فمقابل استعمال الدائن المرتهن بنفسه للشيء المرهون ،وما يحصل عليه من استغلال لهذا الشيء يكون حقا للراهن باعتباره مالكا للشيء المرهون .

على أن الالتزام باستثمار الشيء المرهون ،لا يتعلق بالنظام العام ،فيجوز الاتفاق على تركه دون استغلال ،ويكون ذلك عادة كما لو كان استثمار الشيء يتطلب خبرة فنية ، لا تتوافر لدى الدائن المرتهن ... وجواز الاتفاق على عدم استثمار المرهون فى هذه الحالة ناشيء من أن هذا الاستثمار يتعلق بمصالح الراهن والمرتهن ،ولهذا لا يوجد ما يمنع من الاتفاق على ترك الشيء دون استثمار (أنظر ٢/١١٠٤) .

٢٥٦ ــ خصم صافى الريع ومقابل الاستعمال من الدين المضمون بالرهن :

ويقضى القانون بأن ما حصل عليه الدائن من صافى الريع، وما استفاده من استعمال الشيء ،يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ، ولو لم يكن قد حل أجله ،وقد وضع المشرع ترتيبا معينا لهذا الخصم ،فيكون أولا من قيمة ما أنفقه فى المحافظة على الشيء وفى الاصلاحات،ثم من المصروفات والفوائد ، ثم من أصل الدين .

وعلى ذلك فان صافى الغلة ،وهو ما يتبقى بعد اقتطاع ما أنفق فى سبيل الحصول عليها ،والقيمة التى عادت على المرتهن من الانتفاع بالشيء يخصم :

(١) أولا من المبالغ التى تستحق للمرتهن فى سبيل قيامه بالمحافظة على الشيء واصلاحه،ان كانت هناك مبالغ من هذا القبيل .

(٢) فاذا تبقى من صافى الغلة شيء بعد ذلك خصم من المصروفات الاخرى التى أدخلها المشرع فيما يضمنه الرهن (أنظر المادة ١١١١) كمصروفات العقد الذى

أنفا الدين المضمون بالرهن ، ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده وعند الاقتضاء ، والمصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن مثل نقل الحيازة .. (م ١١١١/جـ د) .

(٣) ويخصم بعد ذلك الفوائد التي تستحق على أصل الدين سواء كانت فوائد قانونية أو اتفاقية ، وعلى ما سنرى .

(٤) ما يتبقى بعد ذلك يخصم من أصل الدين المضمون .

٢٥٧ـ الاحكام المتعلقة بالفوائد : يستثمر المرتهن الشيء المرهون ويأخذ غلته أو يستفيد بها ، وقد رأينا أنه يخصم صافي قيمتها من الالتزام المضمون وفق ترتيب معين نص عليه القانون . وقد يحدث أن يتفق الراهن والمرتهن ـ في حالة ما اذا كان الشيء المرهون ينتج ثمارا أو ايرادا ـ على أن يجعل ذلك كله أو بعضه في مقابل الفوائد التي تستحق للمرتهن عما له من دين في ذمة مدينه ، فما قيمة هذا الاتفاق؟ قرر المشرع أن يكون " هذا الاتفاق نافذا في حدود أقصى ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية " (م ١١٠٥/١) .

وعلى ذلك اذا اتفق الطرفان على أن يأخذ المرتهن ثمار الشيء أو ايراده أو جزءا منها في مقابل الفوائد ، كان الاتفاق صحيحا في حدود أقصى سعر للفائدة الاتفاقية وهو ٧٪ فاذا كانت الغلة المتفق على منحها للدائن تساوي الفائدة بهذا السعر ، كانت له جميعها . واذا كانت الغلة تزيد على الفائدة فلا يكون للدائن منها الا ما يساوي الفائدة ، وما يتبقى من غلة بعد ذلك يكون للراهن ، ويكون على المرتهن أن يخصمه من الدين المضمون على الترتيب السابق . اما اذا كانت الغلة أقل مما يستحق للدائن من فوائد ، واتفق على أن تكون له في مقابل الفائدة كان الاتفاق صحيحا .

والحكمة من قصر الاتفاق على حدود ما يسمح به القانون من الفوائد الاتفاقية هي تلافي حصول الدائن على فائدة تزيد من هذا الحد الاقصى ، لان هذا غير جائز . والقانون بذلك يهدف الى حماية المدين .

مادام يتفق الطرفان (الراهن والمرتهن) على أن تجعل الثمار في مقابل الفوائد وسكتا عن تحديد سعر الفائدة ، فإن القانون يقضي باحتساب الفائدة على أساس السعر القانوني وهو ٤ % في المسائل المدنية و ٥ % في المسائل التجارية بشرط ألا تتجاوز الفوائد قيمة الثمار .

وفي هذه الحالة اذا عين الطرفان أجلا لحلول الدين ، يكون للدائن عند حلول الاجل المتفق عليه أن يطالب بما تبقى له بعد خصم صافي الغلة طبقا للترتيب السابق . أما اذا لم يعينا أجلا لحلول الدين المضمون ، فان القانون لا يجيز للدائن أن يطالب باستيفاء حقه الا عن طريق استنزاله من قيمة الثمار ويخول للمدين الحق في أن يوفي بالدين في أي وقت بعد اجراء الخصم بطبيعة الحال (أنظر المادة ١١٠٥/٢) .

واذا كان القانون لا يجيز للدائن المطالبة باستيفاء حقه الا عن طريق استنزاله من قيمة الثمار في هذه الحالة الاخيرة عندما يكون أجل الدين غير محدد ، فما هو الحكم اذا لم يكن للثمار فائض يمكن استنزاله عندما لا تزيد قيمة الثمار عن قيمة الفوائد ؟ تقضي المذكرة الايضاحية في هذا الصدد بانه اذا لم يكن للثمار فائض " كان الدين غير محدد الاجل ، فيحدد القاضي أجلا للحلول مراعيا في ذلك موارد المدين الحالية والمستقبلة ومقتضية عناية الرجل الحريص عن الوفاء بالتزامه " .

٢٥٨ـ صفة المرتهن في استثمار الشيء المرهون وادارته :

اختلف الفقه حول هذا الموضوع ، فهل يعتبر المرتهن نائبا عن الراهن في ادارة الشيء المرهون واستثماره . أم يعتبر أصيلا عن نفسه . وقد ظهر اتجاهان رئيسيان :

(١) مذهب فريق الى أن الدائن المرتهن يعتبر نائبا عن الراهن ، ومن هذا الفريق من ذهب الى أنه يعتبر وكيلا عنه ، وهذا ما أخذت به محكمة النقض ، ولكن البعض الآخر من أنصار هذا الاتجاه لا يسلمون بوجود وكالة في هذا الصدد ، لأن الوكالة تقتضي انصراف نية الطرفين اليها صراحة أو ضمنا وان من الصعب القول بأن الراهن

قد انصرفت نيته الى توكيل المرتهن فى ادارة المرهون واستثماره ، بل انه كـــــان يفضل أن يحتفظ بذلك لنفسه ولكنه يجد نفسه بحكم ما يرتبه القانون على الرهـــن الحيازى من آثار ملزما بترك حيازة الشئ والقيام على ادارته واستثماره للمرتهن ـ ولهذا فان ولاية المرتهن تستند الى القانون ، أى أنه نائب قانونى .

(٢) وذهب فريق آخر الى أن الدائن يقوم بالادارة والاستثمار أصيلا عن نفسه بمقتضى ما يخوله حقه العينى على الشئ المرهون من سلطات .

ونحن نعتقد أن الاتجاه الثانى هو الافضل ، لان الدائن المرتهن يعتــــبر صاحب حق عينى تبعى على الشئ المرهون هو حق الرهن ، وهذا الحق يخوله سلطات معينة ، منها حقه فى ادارة الشئ واستثماره . فمن أسس حق الرهن الحيازى أن يقـوم المرتهن باستثمار المرهون ويأخذ غلته خصما مما هو مستحق له ، مالم يتفق على غير ذلك . ويبدو مما جاء فى المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى انها تؤيد هذا الرأى اذ ورد بها أن " الحق فى أخذ الغلة وخصمها على النحو المتقدم هو عنصر من عناصر حــق الرهن ، فالدائن المرتهن يستولى على الغلة أصلا عن نفسه لا نائبا عن الراهن " .

وتفريعا على القول بأن الدائن المرتهن يملك حق الادارة (م ١١٠١) لا التصرف فى المرهون فانه يسرى حكم المادة ٥٥٩ مدنى على ما يعقده من ايجارات اذ تنــص هذه المادة على أنه " لا يجوز لمن لا يملك الا حق الادارة أن يعقد ايجارا تزيـــد مدته على ثلاث سنوات الا بترخيص من السلطة . فاذا عقد الايجار لمدة أطول مــن ذلك انقصت المدة الى ثلاث سنوات ، كل هذا ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك " .

٢٥٩ ـ ٣ ـ الالتزام برد الشئ المرهون :

نصت المادة ١١٠٧ على أن " يرد الدائن الشئ المرهون الى الراهن بعـــد أن يستوفى كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصروفات وتعويضات " .

ويعرض هذا النص لالتزام الدائن برد الشئ المرهون متى استوفى الراهن كامل حقه وما يتصل بهذا الحق . وذلك لان الدين المضمون ينقضى فى هذه الحالة فينقضى

الرهن تبعا له . انما يلزم أن ينقضي الدين المضمون كاملا ، مع ما يتصل به . فاذا بقي جزء مما يضمنه الرهن ، بقي الرهن الى حين الوفاء بهذا الجزء الباقي اعمالا لقاعدة عدم تجزئة الرهن . فاذا انقضى ما يضمنه الرهن جميعه انقضى الرهن بالتبعية وتعين على الدائن رد الشيء المرهون .

وقد يفهم من النص السابق أن المرتهن لا يرد المرهون الا اذا استوفى كامل حقه، مع أنه قد يلتزم بالرد حتى ولو لم يستوف كامل حقه . وذلك كما اذا انقضى الرهن بنزول المرتهن عنه ، أو اذا أساء ادارة الشيء المرهون حيث يلتزم برده الى حارس يعين لتسلمه (أنظر المادة ١١٠٦ / ٢) .

وبصفة عامة يمكن القول بأن التزام الدائن برد الشيء المرهون لا يأتي نتيجة انقضاء الدين المضمون وتوابعه ، ولكنه يأتي نتيجة انقضاء الرهن نفسه ، لأي سبب من الاسباب . فاذا انقضى الرهن تعين على الدائن رد المرهون . واذا كان الشيء في يد شخص آخر ، وهو " العدل " التزم برده كذلك .

والتزام الدائن بالرد يكون بالنسبة للشيء المرهون ذاته مع ما لحق به . فاذا كان قد هلك أو تلف ، كان الدائن مسئولا أمام الراهن عن الهلاك ، الا اذا اثبت أن ذلك يرجع الى سبب اجنبي . ويسأل الدائن كذلك عند تأخيره في رد المرهون . وتوابعه عن صافي ما يغله الشيء خلال فترة التأخير منذ أن انقضى الرهن .

وللراهن في سبيل الحصول على الشيء المرهون ان يطلب رده باحدى دعويين : الدعوى الشخصية الناشئة من عقد الرهن نفسه ، ودعوى الاستحقاق . وهناك فارق بين الدعويين : فللراهن أن يلجأ الى الدعوى الشخصية ولو لم يكن مالكا للشيء ، اما دعوى الاستحقاق فلا يلجأ اليها الا اذا كان مالكا ، اذ يجب عليه أن يثبت فيها حق الملكية ، ومن ناحية أخرى تسقط الدعوى الشخصية بالتقادم من تاريخ انقضاء الرهن ، أي تاريخ التزام المرتهن بالرد . أما الاستحقاق فلا تسقط بالتقادم ، لأن المرتهن وورثته ، يد عارضة على المرهون ، ما لم يغيروا سند حيازتهم (أنظر المادة ٩٧٢) .

ثانيا ـ حقــوق الدائن المرتهــــن

١٦٠ ـ حقوقه كدائن عادي وكدائن مرتهن :

للدائن المرتهن رهنا حيازيا حقوق تثبت له باعتباره دائنا عاديا ، وله بذلـــك ضمان عام على أموال مدينه ، وإلى جانب ذلك حقوق تثبت له بمقتضى حق الرهن ، وهـــو حق عيني على الشيء المرهون .

فللدائن المرتهن بوصفه دائنا عاديا أن ينفذ على أموال المدين غير المرهونـــة ، وهو بذلك يعتبر كبقية الدائنين العاديين ، لا يكون له حق التقدم ، كل هذا مـــع مراعاة أنه ليس للدائن أن يتخذ اجراءات التنفيذ على مال للمدين لم يخصص لوفاء حقه الا اذا كان ما خصص للوفاء غير كاف (انظر المادة ٤٢٤ مرافعات جديد) .

واذا كان الراهن غير المدين ، أي اذا كان الراهن هو الكفيل العيني ، فلا يجوز التنفيذ على ماله الا ما رهن من هذا المال ، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين مـا لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك (م ١٠٥٠) ، وحكم هذه المادة واجب الاخذ به فـي حالة الرهن الحيازي نظرا لاحالة المادة ١١٠٨ عليها ، وقد سبق أن تعرضنا لهـــذا عند كلامنا على الرهن الرسمي .

وللدائن المرتهن حقوق باعتباره صاحب حق عيني تبعي هو حق الرهن ، ومن هذه الحقوق ما يقابل التزامات الراهن التي تكلمنا عنها فيما سبق ، وله كذلك حقه فـــي التنفيذ على الشيء المرهون ، وأن يطلب بيعه وفقا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات وتنص المادة ١١٠٨ على أنه " يسري على رهن الحيازة أحكام المادة ١٠٥٢ المتعلـــقة بشرط التملك عند عدم الوفاء ، وشروط البيع دون اجراءات ، وقد سبق لنا عند الكـلام على الرهن الرسمي أن بينا هذا ، ويكفي هنا الاحالة اليه .

واذا كان الاصل أن يكون التنفيذ على الشيء المرهون وفقا للاوضاع المقررة فـــي قانون المرافعات ، الا أن المشرع قد خرج على هذا الاصل بالنسبة لرهن المنقـــول

فنص في المادة ١١٢١ على أنه" ١- يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق ٢- يجوز له أيضا أن يطلب من القاضي ان يأمر بتمليكه الشيء وفاء للدين على أن يحسب عليه بقيمته بحسب تقدير الخبراء" .

المبحث الثاني : آثار الرهن بالنسبة الى الغير

٢٦١ - تمهيد

يترتب على الرهن الحيازي آثاره بالنسبة للغير متى توافرت شروط نفاذه في حقهم ويقصد بالغير في هذا الصدد كل من عدا المتعاقدين وورثتهما ممن يضار من مباشرة الدائن المرتهن للسلطات التي يخولها له حق الرهن ، سواء كان دائنا عاديا أو كان صاحب حق عيني أصلي أو تبعي على الشيء المرهون .

ويخول الرهن الحيازي الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ،كما يخوله حق التقدم والتتبع ، الا أن الدائن لا يستطيع مباشرة هذه الحقوق في مواجهة الغير الا اذا كان الرهن نافذا في حقهم ، ونعرض أولا لشروط نفاذ الرهن في حق الغير ثم للسلطات التي يتمتع بها في مواجهتهم .

المطلب الاول : شروط نفاذ الرهن في حق الغير

٢٦٢ - شرط انتقال الحيازة والشروط الاخرى :

لكي يكون الرهن نافذا في حق الغير ،يجب أن تتوافر شروط معينة ، من هذه الشروط شرط عام يلزم توافره في جميع الحالات ، سواء كان المرهون عقارا أو منقولا ،وهذا هو شرط انتقال حيازة المرهون الى الدائن أو الى الشخص الذي يتفق عليه . أما الشروط الاخرى فانها تختلف بحسب ما اذا كان المرهون عقارا أو منقولا .

أولا- شرط انتقال الحيازة

٢٦٣ - انتقال الحيازة الى المرتهن أو الى عدل - والحكمة منه

نصت المادة ١١٠٩/١ على أنه : " يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون

الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان .

استلزم القانون لنفاذ الرهن في حق الغير أن تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن أو الى الشخص الذي يرتضيه الراهن والمرتهن ، وهو ما يسمى بالعدل ، وانتقال الحيازة الى " العدل " تمكن من رهن الشيء الواحد ضمانا لعدة ديون . وقد نصت المادة ١١٠٩/٢ على أنه : " ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون " . ذلك أنه نادرا ما يقبل الدائن المرتهن أن يحوز الشيء المرهون لنفسه ولحساب دائن مرتهن آخر .

واذا كان الغرض من انتقال الحيازة الى المرتهن أو الى " العدل " هو جعل الرهن نافذا في حق الغير ، لان الحيازة بمثابة اعلان لهم بتعلق حق الدائن المرتهن بالشيء المرهون فهي في الواقع تقوم مقام الشهر ، ولا شك أن الحيازة تقوم بهذا الدور بالنسبة للمنقول ، أما بالنسبة للعقار فان دورها يقل نظرا لاستلزام القيد حتى يسري رهن العقار على الغير ، ولهذا اجاز المشرع في حالة رهن العقار أن يؤجر الدائن المرتهن العقار الى الراهن ، وبذلك تظل الحيازة لهذا الاخير ، ولا يمنع هذا من نفاذ الرهن في حق الغير بشرط أن يعلم الغير بأن وجود العقار في يد الراهن انما هو على سبيل الايجار ، ويتم هذا عن طريق اشهار الايجار اما بذكر هذا في القيد ذاته واما بالتأشير به في هامش القيد اذا اتفق على الايجار فيما بعد ، مع مراعاة أن هذا التأشير لا يكون ضروريا اذا جدد الايجار تجديدا ضمنيا (أنظر المادة ١١١٥) .

هذا بالنسبة لمن تنتقل اليه الحيازة والحكمة منها ، ونعرض بعد ذلك لشروطها ، وهذه الشروط ترد الى فكرة أساسية هي اعلان الغير بتعلق حق الدائن المرتهن بالشيء المرهون .

٢٦٤ـ شروط الحيازة :

اـ أن تكون ظاهرة : يشترط في الحيازة أن تكون ظاهرة لاخفاء فيها ولا غموض .

ولهذا لا يصح أن يحوز الراهن الشيء المرهون نيابة عن الراهن كان يستأجره منـه (مع مراعاة حالة العقارات كما قدمنا) أو أن يستعيره ، أو أن يعهد الى الراهـن بادارته بصفته شريكا للمرتهن ..." .

واذا كان يلزم أن تكون الحيازة ظاهرة ، فانها تكفي متى كانت كذلك ، حتى ولو كانت رمزية ، طالما كان المرهون تحت سيطرة المرتهن بصورة تدل على أنه أصبح صاحب حق عليه . وتطبيقا لفكرة الحيازة الرمزية نص القانون التجاري على أن الدائن يعتبر حائزا للبضائع " متى كانت تحت تصرفه في مخزن أو سفينة أو في الجمرك أو مودعة في مخزن عمومي أو متى سلمت اليه قبل وصولها تذكرة شحنها أو نقلها (م٧٧ تجاري) . وكذلك بالنسبة لرهن الديون ، يكتفي القانون بتسليم سنداتها ، لان الدين شيء معنـوي لا تتصور حيازته . وفي هذا ما يدل على الاكتفاء بالحيازة الرمزية ، انما ينبغـي أن يراعى دائما ، سواء كانت الحيازة حقيقية أم رمزية أن تكون ظاهرة واضحة حتى تتحقق منها فكرة الاشهار والاعلان بالنسبة للغير .

٢ ـ أن تكون الحيازة مستمرة ، لكي يظل الرهن ساريا في حق الغير يجب أن تستمر الحيازة بعيدة عن يد الراهن ، فاذا عاد المرهون الى يد الراهن أصـبح الرهن غير نافذ في حق الغير . كما أن رجوعه الى يد الراهن قرينة على انقضاء الرهـن فيما بين المتعاقدين ، وان كانت هذه القرينة قابلة لاثبات العكس ، اذ يستطيـع الدائن أن يثبت أن عودة الحيازة الى الراهن لم يكن بسبب انقضاء الرهن عبل بسبب آخر . لكن اذا نجح الدائن في اثبات ذلك فان الرهن اذا كان يسري بينه وبيـن الراهن ، فانه مع ذلك لا يسري في حق الغير الا اذا انتقلت الحيازة ثانيـة الـى المرتهن أو " العدل " .

وفي هذا تنص المادة ١١٠٠ على أنه " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهـن انقضى الرهن ، الا اذا أثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد بـه انقضاء الرهن . كل هذا دون اخلال بحقوق الغير " .

على أن الرجوع الذي يترتب عليه انقضاء الرهن هو الذي يحصل اختيارا من المرتهن . لكن اذا كان الرجوع بدون رضى المرتهن واختياره، بأن كان خلسة أو غصبا ، لا ينقضي الرهن ، ويكون للمرتهن أن يسترد الشيء المرهون ما دام قائما ، حتى ولو كانت حيازته قد انتقلت الى يد شخص حسن النية مشتريا كان أو مرتهنا ، بشرط أن يطلب استرداده منه خلال الثلاث سنوات التالية لسلب الحيازة من المرتهن .

٢ – ثانيا – الشروط الاخرى لنفاذ الرهن في حق الغير:

٢٦٥ – اختلافها بحسب ما اذا كان المرهون عقارا أو منقولا :

الى جانب شرط انتقال الحيازة على النحو السابق يلزم لنفاذ الرهن في حق الغير توافر شروط أخرى تختلف بحسب ما اذا كان المرهون عقارا أو منقولا ماديا أو دينا .

١ – اذا كان المرهون عقارا يلزم الى جانب انتقال الحيازة ، توافر شرط آخر هو شهر الرهن عن طريق القيد . وتسري على هذا القيد الاحكام الخاصة بقيد الرهن الرسمي مع مراعاة ما هنالك من فارق بين الرهنين ، من حيث كون الرهن الحيازي عقدا رضائيا (م ١١١٤) .

وتتحدد مرتبة الرهن من وقت القيد وانتقال الحيازة معا . فاذا انتقلت الحيازة أولا أو تم القيد أولا ، فلا تتحدد مرتبة الرهن الا من تاريخ توافر الشرط الآخر .

٢ – واذا كان المرهون منقولا ماديا ، فانه يشترط لنفاذه في حق الغير كذلك ، فضلا عن انتقال الحيازة "أن يدون القيد في ورقة ثابتة التاريخ ، يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا . وهذا التاريخ الثابت يحدد مرتبة الدائن المرتهن" (م ١١١٧) .

واستلزام كتابة العقد هنا شرط لنفاذ الرهن في حق الغير ، ويجب أن تتضمن الورقة البيانات اللازمة لتخصيص الرهن ، كما أشرنا الى ذلك من قبل .

وتتحدد مرتبة الدائن المرتهن من الوقت الذي يجتمع فيه شرط انتقال الحيازة

وشرط ثبوت التاريخ معا .

٣ ــ وبالنسبة لرهن الدين يفرق بين رهن الديون العادية ، والديون الثابتة في السندات الرسمية والاذنية والسندات لحاملها .

فبالنسبة للديون العادية ، اذا كان الرهن يتم بين الراهن والمرتهن بايجاب وقبول ، الا أنه لاينفذ في حق المدين (مدين الراهن) الا باعلانه أو بقبوله ، كما هو الأمر في حوالة الدين ولا ينفذ في حق الغير الا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون . وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان أو القبول ، متى كان سند الدين قد سلم الى المرتهن . فاذا لم يسلم اليه الا بعد التاريخ الثابت للاعلان أو القبول ، فلا يكون للرهن مرتبته الا من تاريخ التسليم . (انظر م ١١٢٣) . فالرهن لا ينفذ في حق الغير الا بانتقال حيازة سند الدين الى المرتهن وصيرورته نافذا في حق المدين بالدين المرهون (مدين الراهن) من وقت اعلانه أو قبوله الثابت التاريخ .

وبالنسبة للسندات الاسمية والسندات الاذنية ، فان رهنها يتم بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات ، على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن . ويتم الرهن دون حاجة الى اعلان (م ١١٢٤) . وعلى هذا يتم رهن السندات الاسمية بطريق القيد في دفاتر الشركة التي اصدرتها بما يفيد رهنها . ورهن السندات الاذنية يتم بطريق التظهير ، بشرط أن يذكر في التظهير ما يفيد حصوله على سبيل الرهن .

أما بالنسبة للسندات لحاملها ، فهي وان كانت تتضمن حقا شخصيا ، الا أن هذا الحق يندمج في السند اندماجا يتعذر معه فصله منه ، ويتداول بتداوله . ولهذا فانه لا يسري عليها أحكام رهن الديون ، وانما أحكام رهن المنقولات المادية (أنظر المادة ١١١٨) .

المطلب الثاني: حقوق الدائن المرتهن في مواجهة الغير

٢٦٦ــ بيان تلك الحقوق:

اذا ما قام الرهن الحيازي صحيحا ، وتوافرت شروط نفاذه في حق الغير ، ترتبت للدائن المرتهن حقوق في مواجهة الغير تكفل له ضمان الوفاء بحقه .فيكون له أن يحبس الشيء المرهون .وان يستوفي حقه منه بالاولوية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة ، كما يكون له كذلك أن يتتبع العين المرهونة في يد من انتقلت اليه ملكيتها .ولهذا نعرض فيما يلي لهذه الحقوق وهي الحق في حبس الشيء .والتقدم والتتبع .

١٦٧ ــ الحق في حبس الشيء المرهون:

نصت المادة ١١١٠ على أنه" ١ــ يخول الرهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة ، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون ٢ــ واذا خرج الشيء من يد الدائن دون ارادته أو دون علمه ، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقا لاحكام الحيازة" .

يختلف الرهن الحيازي عن الرسمي من حيث نقل الحيازة ، ولهذا يخول الرهن الحيازي لصاحبه الحق في حبس الشيء المرهون والامتناع عن التخلي عنه طالما ظل الرهن قائما والى أن يستوفي حقه كاملا .واذا كان الشيء في حيازة " العدل" أو في حيازة من عينته المحكمة ،فعليه كذلك أن يحبس الشيء الى حين استيفاء الدائن كامل حقه .والا اعتبر مسئولا عما يلحق الدائن من ضرر .

وحق الدائن المرتهن في حبس الشيء يكون بالنسبة للدين المضمون بالرهن فقط .فلا يكون له أن يحبس الشيء المرهون بسبب دين آخر على الراهن .ويقوم هذا الحق في مواجهة الناس كافة .فيكون له أن يحبسه عن الراهن نفسه .كما يكون

له أن يحبسه عن الغير الذين ينفذ الرهن فى حقهم طالما ظل الرهن قائما ولم يستوف الدائن حقه. ولكن ينبغى أن يراعى أن تمسك الدائن بحقه فى حبس المرهون لا ينبغى أن يخل بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون. فاذا بيع العقار وسجل البيع قبل قيد الرهن، فلا يكون للدائن المرتهن أن يحتج بالحق فى حبس المرهون قبل المشترى، لأن الرهن ليس نافذا فى حق هذا الاخير.

لكن هل يجوز للدائن المرتهن أن يحبس الشئ عن الراسى عليه المزاد اذا ما بيع الشئ جبرا ؟ يفرق هنا بين رهن المنقول ورهن العقار. فبالنسبة للعقار لا يجوز للدائن الحابس أن يحبس الشئ عن الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف حقه كاملا، سواء كان من باشر الاجراءات هو الدائن أم غيره، لأن رسو المزاد يطهر العقار من كافة الحقوق المقيدة ومنها الرهن الحيازى، كما رأينا. وبالنسبة للمنقول يفرق بين ما اذا كان طالب البيع هو الدائن المرتهن حيازيا أم غيره. فاذا كان المرتهن حيازيا هو الذى طلب البيع فلا يكون له أن يحبس الشئ المرهون عن الراسى عليه المزاد ولو لم يستوف حقه كاملا، لان طلب البيع يتضمن نزولا منه عن حقه فى الحبس فلا يكون له الا أن يستوفى حقه من الثمن بحسب مرتبته. أما اذا كان البيع بناء على طلب دائن آخر، وكان هذا الدائن مفضلا على المرتهن حيازيا الحابس للشئ، فلا يكون للحابس الامتناع عن تسليم الشئ الى الراسى عليه المزاد، اذ لا يجوز له التمسك بالحبس فى مواجهة الدائنين الذين حفظوا حقوقهم قانونا. فاذا كان طالب البيع دائنا متأخرا فى المرتبة عن الحابس أو كان دائنا عاديا، يكون للحابس أن يمتنع من تسليم الشئ الى الراسى عليه المزاد، الى حين استيفاء حقه كاملا.

واذا كان الحق فى الحبس يثبت للمرتهن فى الحدود السابقة، فانه يظل قائما اذا خرج الشئ من يده دون ارادته أو دون علمه، ويكون له الحق فى استرداده طبقا لاحكام الحيازة، سواء كان فى يد الراهن أو فى يد غيره.

٢٦٨ـ ٢ ـ حق التقدم:

يخول الرهن الحيازى للدائن المرتهن حق التقدم على الدائنين العاديين

والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدي للشيء المرهون ، سواء كان هذا المقابل هو الثمن أو أي سلع آخر حل محله .

وقد رأينا أن مرتبة الرهن تتحدد باجتماع الشروط اللازمة لنفاذه في حق الغير . وقد رأينا أنها في حالة العقار تتحدد بانتقال الحيازة والقيد معا ، وفي المنقول المادي تتحدد بانتقال الحيازة والتاريخ الثابت للرهن .. على التفصيل السابق . ولا صعوبة اذا لم يكن هناك دائنون آخرون ، أو كان هناك دائنون عاديون اذ يتقدم المرتهن عليهم في استيفاء حقه . أما اذا تزاحم الدائن المرتهن حيازيا مع دائن مرتهن آخر أو صاحب حق اختصاص .. فيتقدم الاسبق في المرتبة .

وحق التقدم يكون بالنسبة لما يكفله الرهن ، وقد عرض المشرع لذلك فنص على أن الرهن الحيازي لا يقتصر على ضمان أصل الحق ، وانما يضمن فضلا عن ذلك وفي نفس المرتبة ما يأتي :

أ ـ المصروفات الضرورية التي انفقت للمحافظة على الشيء ، وهذه المصروفات يلتزم بها الراهن على أساس الاثراء . والرهن لا يضمن الا المصروفات الضرورية ، لكنه لا يضمن المصروفات النافعة . ولهذا لا يكون للمرتهن بالنسبة للمصروفات النافعة الا أن يحبس الشيء طبقا للقواعد العامة الواردة في المادة ٢٤٦ .

ب ـ التعويضات عن الاضرار الناشئة عن عيوب الشيء . كما اذا كان المرهون حيوانا مريضا ولم يبين الراهن ذلك . ثم وضعه المرتهن بين ماشيته فنقل اليها العدوى واستحق تعويضا عن ذلك .

جـ ـ مصروفات العقد الذي انشأ الدين ومصروفات عقد الرهن الحيازي وقيده عند الاقتضاء .

د ـ المصروفات التي اقتضاها تنفيذ الرهن الحيازي ، وهذه المصروفات التي تنفق في سبيل تسليم المرهون .

هـ ـ جميع الفوائد المستحقة وفي هذا يختلف الرهن الحيازي عن الرهن الرسمي ٠ اذ أن الرهن الرسمي لا يضمن في مرتبة أصل الدين الا الفوائد التي تذكر في قائمة القيد ،وفوائد السنتين السابقتين على تسجيل تنبيه نزع الملكية والفوائد التي تستحق بعد ذلك الى حين رسو المزاد ، وبالنسبة للفوائد الاخرى فلا يضمنها القيد الاصلي ولا تثبت مرتبتها الا من تاريخ القيد التكميلي بعد استحقاقها (م١٠٥٨/٢) ٠أما الرهن الحيازي فانه يضمن جميع الفوائد المستحقة الى يوم رسو المزاد ، وذلك لأن المرتهن رهنا حيازيا من حقه أن يستوفي الفوائد كلها من غلة الشيء المرهون ٠

٢٦١ ـ ٢ ـ حق التتبع :

للدائن المرتهن أن يستوفي حقه بالتقدم من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون ٠ ومعنى ذلك أن للدائن أن ينفذ على العين المرهونة ولو انتقلت ملكيتها الى غير الراهن ، متى كان الرهن نافذا في مواجهة من انتقلت اليه الملكية ٠والواقع ان التتبع هنا ليس تتبعا ماديا للحيازة ، لان المفروض أن الحيازة للدائن المرتهن ، بل هو تتبع معنوي للملكية يكون للدائن بمقتضاه أن ينفذ على المرهون وهو في ملك الغير ٠

ولمن انتقلت اليه ملكية الشيء المرهون أن يدفع الدين ، فيحل بذلك محل الدائن في رهن الحيازة (انظر م٣٢٦/جـ) ٠ فاذا لم يقم بدفع الدين ، وجب عليه تحمل اجراءات التنفيذ ولا يكون له أن يخلي العقار المرهون أو يطهره من الرهن الحيازي ،لأن المشرع لم يعرض لهذا بالنسبة للرهن الحيازي ،كما فصل بالنسبة للرهن الرسمي ٠

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازى

٢٧٠ـ أولا ـ انقضاؤه بصفة تبعية:

ينقضى الرهن الحيازى بصفة تبعية وقد نصت على هذا المادة ١١١٢ بقولها " ينقضى حق الرهن الحيازى بانقضاء الدين المضمون ، ويعود معه اذا زال السبب الذى انقضى به الدين ، دون اخلال بالحقوق التى يكون الغير حسن النية قد كسبها قانونا فى الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته" .

واذا كان هذا الحكم يماثل ما جاءت به المادة ١٠٨٢ بالنسبة للرهن الرسمى ، فاننا نحيل الى ما سبق ذكره فى هذا الصدد . الا أنه بالنسبة للرهن الحيازى يراعى أن الدين المضمون لا يسقط بالتقادم ، لان بقاء الشىء المرهون فى حيازة المرتهن يعتبر اقرارا ضمنيا من المدين ينقطع به التقادم طبقا لما جاءت به المادة ٣٨٤ .

٢٧١ـ انقضاؤه بصفة أصلية:

وينقضى حق الرهن كذلك بصفة أصلية ، مستقلا عن الدين المضمون ، وقد نصت المادة ١١١٣ على أنه ينقضى بأحد الاسباب الاتية:

أ ـ اذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق ، انما يلزم أن يكون المرتهن ذا أهلية فى ابراء ذمة المدين من الدين ، اذ قد يؤدى النزول عن الرهن الى عدم امكان استيفائه لحقه ، ولهذا متى كان المرتهن صبيا مميزا وقع تصرفه باطلا بطلانا مطلقا .

والنزول عن الرهن قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا يستفاد من تخلى الدائن باختياره عن الشىء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ .

ويجب ألا يضر نزول الدائن عن الرهن بحق الغير ، فاذا كان الرهن مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير ، فان تنازل الدائن لا ينفذ فى حق هذا الغير الا اذا أقره . فقد يقوم الدائن مثلا برهن الدين المضمون لدائن له ، وبالتالى فان هذا الدائن المرتهن للدين يمتد حقه الى الرهن الذى يضمنه ، وهو الرهن الذى حصل النزول عنه ، ولهذا

ينقضي باقرار المرتهن للدين لهذا التنازل .

ب ـ ينقضي الرهن باتحاد الذمة اذا اجتمع مع حق الملكية في يد شخص واحد ،
كما اذا اشترى الدائن المرتهن رهن حيازة العين المرهونة . واتحاد الذمة مانع
مؤقت من مباشرة الحق ، فاذا زال كان لزواله أثر رجعي ويبقى الرهن كما كان قبل
اتحاد الذمة .

جـ ـ هلاك الشيء المرهون ، ينقضي حق الرهن اذا هلك الشيء أو انقضى
الحق المرهون ، وفي هذه الحالة ينتقل الرهن الى ما يحل محل المرهون من تعويض
أو مبلغ تأمين ، تطبيقا لمبدأ الحلول العيني .

٢٧٢ ـ هل ينقضي الرهن الحيازي في حالة البيع بالمزاد :

عرضنا للحالات التي ينقضي فيها الرهن الحيازي بصفة أصلية والتي نصت عليها
المادة ١١١٣ ، ويثور الامر حول ما اذا كان الرهن الحيازي ينقضي اذا بيع المرهون
جبريا بالمزاد العلني ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي ؟ لم يرد نص في شأن
الرهن الحيازي ولكن المادة ٤٥٠ مرافعات جديد تنص على أنه : يترتب على تسجيل
حكم ايقاع البيع تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص ، والرهون الرسمية
التي أعلن أصحابها بايداع قائمة البيع وأخذوا بتاريخ جلسته ... وهذا الحكم خاص
بالعقار فقط . أما بالنسبة للمنقول فانه لا يترتب على بيعه جبريا فتطهيره من الرهن
الحيازي ، ويكون للدائن أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد ، ما لم يكن الدائن
هو طالب البيع ، او كان طالب البيع فضلا عليه ، على ما بينا .

الفصل الرابع

الأحكام الخاصة ببعض أنواع الرهن الحيازي

٢٧٣ـ اختلاف الاحكام باختلاف طبيعة ما يرد عليه الرهن :

بينا فيما سبق الاحكام العامة التي تخضع لها كل أنواع الرهن الحيازي ، سواء ورد على عقار أم على منقول أم على دين . لكن نظرا لاختلاف طبيعة كل منها فقد اختص المشرع هذه الانواع المختلفة للرهن بأحكام خاصة . فنتكلم عن الرهن العقاري ثم عن رهن المنقول ثم عن رهن الدين . وقد أشرنا الى كثير من الأحكام الواردة في هذا الخصوص في دراستنا السابقة ، ونعرض هنا بايجاز لكل منها .

أولا ـ الرهن العقاري

٢٧٤ـ أهم ما يميز الرهن العقاري اضافة :

نصت على الاحكام الخاصة بالرهن العقاري المواد من ١١١٤ الى ١١١٦ ، وأهم ما يميز الرهن العقاري عن رهن المنقول كما قدمنا هو أنه يشترط لنفاذه في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة أن يقيد ، ومن جهة أخرى يجيز القانون تأجير العقار للراهن بشرط الاشهار على ما بينا .

وقد أورد القانون في هذا الصدد تطبيقا لالتزام الدائن المرتهن بحفظ المرهون وصيانته . وقد تعرضنا له فيما سبق عند كلامنا عن التزام الراهن بالحفظ والصيانة ، ونضيف الى ذلك أن المادة ١١١٦/٢ تجيز للدائن أن يتحلل من التزاماته في هذا الصدد اذا هو تخلى عن حق الرهن .

ثانيا ـ رهن المنقول

٢٧٥ـ أهم ما يميز رهن المنقول :

تكلم المشرع عن الاحكام الخاصة برهن المنقول في المواد من ١١١٧ الى ١١٢٢ ، وقد عرضنا لبعض هذه الاحكام فيما سبق .

بالنسبة لنفاذ رهن المنقول فى حق الغير يلزم الى جانب انتقال الحيازة أن يكون العقد فى ورقة ثابتة التاريخ يعين فيها المبلغ المضمون والعين المرهونة (م ١١١٧) .

كما أن رهن المنقول ينفرد ببعض أحكام خاصة به من حيث التمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول ، كما بينا من قبل (أنظر المادة ١١١٨) .

والى جانب ذلك فقد خرج المشرع بالنسبة لبعض حالات رهن المنقول على القاعدة التى لا تبيح بيع المرهون بدون اتباع اجراءات قانون المرافعات ، والقاعدة التى تقضى بعدم جواز طلب البيع الا عند حلول الاجل ، وذلك حماية للراهن والمرتهن ، فأجاز فى بعض الحالات بيع المرهون بغير اتباع اجراءات البيع الجبرى ، كما أجاز بيعه ولو قبل حلول الاجل ، هذا الى جانب اجازته تملك المرتهن للمرهون فى مقابل دينه ولو جبرا على الراهن ، ونعرض لهذه الاحكام فيما يلى :

٢٧٦ــ بيع المرهون دون اتباع اجراءات البيع الجبرى :

نصت المادة ١١٢١ على أنه : " يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيع الشيء المرهون بالمزاد العلنى ، أو بسعره فى البورصة أو السوق " .

ويلاحظ هنا أن الامر متروك للقاضى اذ هو الذى يرخص فى البيع بغير اتباع اجراءات البيع الجبرى المعقدة بشرط أن يكون البيع بالمزاد أو بسعر البورصة أو السوق .

٢٧٧ــ بيع المرهون قبل حلول أجل الدين :

يجيز القانون الترخيص ببيع المنقول المرهون قبل حلول أجل الدين فى حالتين :

(١) حالة ما اذا كان المرهون مهددا بالهلاك أو التلف أو نقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ، فى هذه الحالة اذا لم يطلب الراهن رد المرهون اليه مقابل شيء آخر يقدم بدله ، فانه يجوز للدائن أو للراهن أن يطلب من القاضى الترخيص له فى بيعه بالمزاد العلنى أو بسعره فى البورصة أو السوق .

وإذا رخص القاضي في البيع كان عليه أن يحدد شروطه ، وأن يفصل في أمر ايداع الثمن – هل يودع لدى المرتهن أو في مصرف مثلا – وينتقل حق الدائن في هذه الحالة من الشيء الى ثمنه .

(٢) حالة ما اذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون ، وكان البيع صفقة رابحة . وفي هذه الحالة يجوز للراهن أن يطلب من القاضي الترخيص في بيع هذا الشيء ، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين ، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع ويفصل في أمر ايداع الثمن .

٢٧٨ – تملك المرتهن للشيء المرهون في مقابل دينه :

رأينا أن شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء باطل اذا اتفق عليه قبل حلول الاجل ، ومع ذلك فان المشرع يجيز هنا أن يتملك المرتهن الشيء المرهون في مقابل دينه ، بشرط أن يأذن القاضي بذلك ، وأن تحسب قيمة الشيء على الدائن بحسب تقدير الخبراء (١١٢١ / ٢) .

هذه هي الاحكام الخاصة برهن المنقول . وقد نص المشرع في المادة ١١٢٢ على أن " تسري الاحكام المتقدمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية ، والاحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول " .

ثالثا : رهن الدين

٢٧٩ – ضرورة أن يكون الدين قابلا للحوالة والحجز :

رأينا فيما سبق أن رهن الدين يقع صحيحا بايجاب وقبول بين الراهن والمرتهن ، ورأينا كذلك متى يعتبر رهن الدين نافذا في حق الغير . انما لكي يقع رهن الدين صحيحا يجب أن يكون قابلا للحوالة والحجز . وتنص المادة ١١٢٥ على أنه : " اذا كان الدين غير قابل للحوالة أو للحجز ، فلا يجوز رهنه " . فقد يكون الحق غير قابل للحوالة لانه لصيق

أو بنص القانون أو بحسب طبيعة الحق نفسها ، وكذلك قد يكون غير قابل للحجز عليه كالحق في النفقة أو المعاش فلا يجوز رهنه .

٢٨٠ـ ما يترتب على رهن الدين :

يترتب على رهن الدين نفس الاثار التي تترتب على الرهن بصفة عامة ،فيلتزم الراهن بتسليم سند الدين وبضمان الرهن وجعله ساريا لصالح المرتهن في مواجهة المدين وفي مواجهة الغير . كما يلتزم المرتهن بالمحافظة على الدين المرهون فاذا كان له أن يقتضي شيئا من هذا الدين دون تدخل من الراهن ، كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء ،وان يبادر باخطار الراهن بذلك (م١١٢٦/٢) .

وللدائن المرتهن أن يستولي على الفوائد المستحقة عن الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن ،وكذلك له أن يستولي على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين على أن يخصم ما يستولى عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم من أجل الدين المضمون بالرهن ،وكل هذا ما لم يتفق على غيره (م١١٢٦/١) .

٢٨١ـ دفوع المدين في الدين المرهون :

يجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك قبل الدائن المرتهن بنوعين من الدفوع :

(١) الدفوع المتعلقة بصحة الالحق المضمون بالرهن : ذلك أن الرهن لا يصح الا اذا استند الى التزام صحيح قائم، فاذا كان باطلا أو انقضى لأى سبب من الأسباب كان للمدين في الدين المرهون أن يتمسك في مواجهة الدائن المرتهن بأوجه الدفع المتعلقة بالحق المضمون أو بانقضائه .

(٢) الدفوع التي تكون له هو قبل دائنه الاصلي ـ وهو من رهن الدين ،وذلك بالقدر الذي يجوز فيه للمدين في حالة الحوالة أن يتمسك بهذه الدفوع قبل المحال

اليه . فيجوز للمدين في الدين المرهون أن يتمسك ببطلان الدين أو انقضائه في مواجهة مرتهن الدين ، وذلك متى كان الدين المرهون باطلا أو كان قد انقضى وقت نفاذ الرهن في حقه (أنظر م١١٢٧) .

٢٨٢ـ قبض المرتهن الدين المرهون : رأينا أن للمرتهن أن يقبض الفوائد وأن يستولي على الاستحقاقات الدورية على أن يخصم ما يأخذه من الحق المضمون ، ويكون له ذلك حتى ولو كان لحقه المضمون بالرهن أجل لم يحل بعد .

أما بالنسبة لأصل الدين المرهون ، فانه يفرق بين حالة حلول الدين المرهون والدين المضمون مستحق الاداء .

ففي الحالة الاولى : اذا حل الدين المرهون قبل حلول الدين المضمون بالرهن ، لا يجوز للمدين أن يوفي الدين الا للمرتهن والراهن معا ، ولكل من هذين أن يطلب الى المدين ايداع ما يؤديه ، وينتقل حق الرهن الى ما تم ايداعه . والحكمة من استلزام الوفاء للمرتهن والراهن معا هي أن حق المرتهن في استيفاء دينه لم يستحق بعد ، كما أنه ليس للراهن وحده أن يقبض الدين لتعلق حق المرتهن به . ولكن يمكن للمدين بالدين المرهون في هذه الحالة أن يوفي لأحدهما ، ولا بد من اتفاقهما على ذلك .

ويلتزم المرتهن والراهن أن يتعاونا على استغلال ما أداه المدين ، وأن يكون ذلك على أنفع الوجوه للراهن دون أن يكون فيه ضرر للدائن المرتهن ، مع المبادرة الى انشاء رهن جديد لمصلحة هذا الدائن . فيجوز الاتفاق بين الراهن والمرتهن على استثمار ما يدفعه المدين عن طريق ايداعه لدى أحد البنوك بفائدة ، أو في شراء منقول أو عقار ... انما يلزم أن يكون ذلك على انفع الوجوه للراهن ، وبدون اضرار بالمرتهن ، كما يلزم أن يقوم الراهن بانشاء رهن جديد لمصلحة الدائن ، ففي حالة الايداع في بنك مثلا ينتقل الرهن اليه ، واذا تم الاستثمار بشراء عين معينة التزم

الراهن بانشاء رهن عليها .. (أنظر م١١٢٨) .

وفى الحالة الثانية : اذا أصبح كل من الدين المرهون والدين المضمون بالرهن مستحق الاداء ، جاز للدائن المرتهن ، اذا لم يكن قد استوفى حقه ، أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له .وفى هذه الحالة ينتقض حق المرتهن بقدر ما يأخذ .وللمرتهن كذلك أن ينفذ على الدين المرهون ويطلب من القاضى بيع هذا الدين ويستوفى حقه من الثمن ، أو يطلب اليه أن يملكه هذا الدين على أن تخصم قيمته التى يقدرها أهل الخبرة مما هو مستحق له (أنظرم١١٢٩) .

تأمينـــات

البـــاب الـــرابع

حقـــوق الامتيـــاز

٢٨٣ـ النصوص القانونية وخطة البحث : نظم المشرع حقوق الامتياز في البـاب الرابع من الكتاب الرابع من القانون المدني ، وذلك في المواد ١١٣٠ وما بعدها الى المادة ١١٤٩ ، وقد عرض في فصل أول للاحكام العامة المتعلقة بحقوق الامتياز ، وفي فصل ثان تكلم عن أنواع الحقوق الممتازة ، ولهذا ندرس ما يتعلق بحقوق الامتيـــاز على الترتيب الذي جاء به القانون ، نخصص الفصل الاول للأحكام العامة ، والفصـــل الثاني للحقوق الممتازة كل على حدة ، لبيان ما يختص به كل منها من أحكام .

الفصـل الاول

أحكام عـــامة

٢٨٤ ـ تمهيد :

اختص القانون المدني الاحكام العامة لحقوق الامتياز بفصل مستقل ، وذلـــك فضلا عن الاحكام الخاصة التي عرض لها بصدد كل نوع من أنواع الحقوق الممتازة عـلى حدة . وقد بينت المذكرة الايضاحية أهمية وضع أحكام عامة لحقوق الامتياز ، فذكرت أن " هذه الأحكام هي التي تجعل من حقوق الامتياز موضوعا متماسكا تنتظمه فكـــرة منسجمة متناسقة " . وقد أورد القانون في الاحكام العامة تعريفا لحق الامتياز ، وقسم حقوق الامتياز الى عامة وخاصة ، وميز في الخاصة منها بين حق امتياز يقع على المنقـول ، وآخر يقع على العقار ، وبين أحكام كل من النوعين ، ثم ذكر كيف ينتهي حق الامتياز .

ولهذا نقسم دراستنا في هذا الفصل الى مباحث ثلاثة ، نتكلم أولا عن تعريف حق الامتياز مع بيان خصائصه ، ثم نعرض بعد ذلك لتقسيم حقوق الامتياز ، ثم لآثارها وانقضائها .

المبحث الاول : تعريف : حق الامتياز وخصائصه

٢٨٥ـ أولا : تعريفه : عرفت المادة ١١٣٠ / ١ الامتياز فقضت بأنه " أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته " .

فالامتياز طبقا لهذا التعريف أولوية يقررها القانون للحق، مراعاة منه لصفة هذا الحق، وبذلك يتضح أن القانون لا ينظر في الاولوية التى تثبت للحق الى جعلها تثبت لصاحب الحق. فالحق هو الممتاز، لا الدائن." لأن الامتياز يرجع الى طبيعة الحق" ولهذا أثره في أن الامتياز يبقى حتى ولو تغير شخص الدائن . لأن الامتياز ملاصق للحق لا لصاحبه .

والتعريف الذى أورده المشرع تعريف عام جامع، فتعريف الامتياز بأنه أولوية يصدق على جميع الحقوق الممتازة ، سواء كانت عامة أم خاصة ، واردة على عقار أو منقول . الا أنه قد لوحظ على هذا التعريف أنه لم يذكر أن الامتياز يخول حق التتبع، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق العينية التبعية الاخرى وهى الرهن بنوعيه والاختصاص. ولكن الواقع أن بقاء التعريف على نحو ما جاء به المشرع دون أن يشار فيه الى أن الامتياز يخول حق التتبع، يجعل هذا التعريف التشريعى يشمل جميع حقوق الامتياز، اذ أن من بين حقوق الامتياز، وهى حقوق الامتياز العامة، ما لا يخول حق التتبع ، كما سنرى . فبقاء التعريف على نحو ما جاء به يجعله يسرى على حقوق الامتياز جميعها ، مع مراعاة الاكتفاء بالتفصيل الذى أورده المشرع عند كلامه عن كل حق من الحقوق الممتازة على حدة ، وبيانه ما للدائنين أصحاب الحقوق الممتازة من حقوق .

ويمكن أن يلاحظ على التعريف الذى أورده المشرع كذلك أنه لم يعرض ـ بصفة عامة ـ لكون الامتياز يخول حقا عينيا ، كما فعل بالنسبة للرهن الرسمى (المادة ١٠٣٠) ولحق الاختصاص (أنظر المادة ١٠٩٥) ، وللرهن الحيازى (مادة ١٠٩٦) ، فقد بين المشرع بالنسبة للرهن بنوعيه والاختصاص انها حقوق عينية تبعية ، ولم يشر

الى ذلك فى تعريفه لحق الامتياز، ولكن يبدو أن اغفال التعريف لكون الامتياز حقا عينيا كان مقصودا، نظرا لأن الأمر محل خلاف، وخاصة بالنسبة لحقوق الامتياز العامة، اذ أنها ترد على أموال المدين جميعها، ولا تخول لصاحب الحق سلطة التتبع.

ولهذا لا نرى مانعا من اقرار هذا التعريف الذى أوردته المادة ١١٣٠/١ الى أنه يتميز بعموميته وايجازه، فهو بذلك يسرى على جميع الحقوق الممتازة عامة كانت أم خاصة، كما أنه يسرى عليها بصرف النظر عن اختلاف طبيعة الاموال التى يسرد عليها، هذا فضلا عن ايجازه، وهو بذلك يفضل ما اقترحه البعض من تعريف للامتياز، اذ أن تلك التعاريف التى اقترحت تعاريف مسهبة. هذا اذا راعينا أن المشرع قد فصل — عند كلامه عن حقوق الامتياز — الاحكام الخاصة بكل منها.

٢٨٦ — ثانيا — <u>خصائص الحق الممتاز</u>: وعلى ضوء التعريف السابق يمكننا أن نتبين خصائص الحق الممتاز — فهو أولوية مصدرها القانون، وتتقرر لصفة فى الحق نفسه، وفضلا عن ذلك فان الامتياز يرد على العقار والمنقول، كما أنه لا يتجزأ.

(١) <u>الامتياز أولوية</u>: لا شك أن جميع حقوق الامتياز تخول لمن تتقرر لصالحه أولوية، وهذا ما عنى المشرع بالنص عليه فى تعريفه للامتياز فى المادة ١١٣٠/١ فهذا النص يبرز أهم أثر للامتياز، وهو ما يخوله من أولوية أو تقدم. وتشترك الحقوق الممتازة فى هذا مع الحقوق العينية التبعية الاخرى.

لكن هل يقتصر أثر الامتياز على هذه الاولوية فقط، أم أنه يخول كذلك حق التتبع؟ أثير الخلاف فى الفقه حول نوع من حقوق الامتياز، وهى حقوق الامتياز العامة، وهل تعتبر حقوقا عينية أم لا، باعتبار أنها لا ترد على مال معين من أموال المدين، والحق العينى يرد على مال معين بالذات، أما من حيث ثبوت التتبع لهذا النوع من الحقوق العامة، فان المشرع قد نص على أن حق التتبع لا يثبت فيها.

(٢) — <u>من حيث مصدره</u>: من أهم خصائص حقوق الامتياز أن مصدرها دائما هو

القانون ، والقاعدة أنه لا امتياز الا بنص . وقد نصت المادة ٢/١١٣٠ على هـــــذا بقولها : " ولا يكون للحق امتياز الا بمقتضى نص فى القانون " .

وعلى ذلك ، لا يجوز أن يتقرر الامتياز للحق بالاتفاق ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن بنوعيه ، ولا بأمر القضاء ، كما هو الشأن بالنسبة لحق الاختصاص . ذلك أن حقوق الامتياز يترتب عليها الاخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين ، فهى بذلك تعد استثناء من هذا المبدأ ، لا يتقرر الا بالنص . وطالما أنه يلزم النص عليها ، فانه ينبغى مراعاة عدم التوسع فى تفسيرها أو القياس عليها ، فلا يصح التوسع فى تفسير النصوص الـــتى تخول امتيازا للحقوق ، كما لا يصح القياس عليها ، وانما يتعين أن تفسر تفسيرا ضيقـا . وهذا ما أقره الفقه والقضاء ، ولكن هذا لا يعنى أن وعاء الافضلية ، أو ما يرد عليه حـق الامتياز لا يضمن الا الحق الممتاز لقط ، مجردا عن توابعه ، بل أن الامتياز يضمـــن ، فضلا عن أصل الحق ، توابعه كمصروفات المطالبة بالدين وفوائده ، وما قد يكون هنالـك من تعويضات بسببه . هذا من ناحية الحق الممتاز ، أما من ناحية وعاء الافضليـــة ، فان الفكرة الاستثنائية للامتياز تؤدى كذلك الا يمتد وعاء الافضلية الى خارج ما نص عليه القانون .

(٣) ـ <u>الامتياز صفة للحق:</u> يتقرر الامتياز لصفة فى الحق ، لا فى صاحـــب الحق ، فالمشرع يدخل فى اعتباره عند تقريره بأن حقا من الحقوق يعتبر ممتازا ، طبيعة هذا الحق ، لا شخص الدائن . وهذا ما حرص المشرع على النص عليه ، وهو ما يأخــذ به القانون الفرنسى . ولهذه الفكرة أهميتها ، ذلك أن اعطاء الامتياز للحق لا لصاحب الحق يترتب عليه أن يظل الامتياز حتى ولو تغير صاحبه عن طريق تحويله الى الغـــير ، أو حلول آخر محله فيه ، كما يستطيع دائنوه أن يفيدوا منه عن طريق الدعوى غير المباشرة .

على أن هذه الافضلية التى يقررها القانون للحق مراعاة منه لصفته ، انما تتقـــرر لاهداف معينة ، فهى فى الواقع لا تقوم على أساس تحكمى ، دون أن يكون لها ما يبررها . ذلك أن كل امتياز يعتبر تأمينا قانونيا يستند الى ما يبرره من اعتبارات خاصة <u>بمناهــا</u>

[illegible] والعدالة . فالشرع لا يهمه شخص الدائن ، وانما تهمه صفة الدين ، فقد يثبت الامتياز للحق لأن الصالح العام يقتضى ذلك ، كما هو الشأن بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة . وقد يثبت الامتياز لأن العدالة تستلزم ذلك ، كما اذا كان الدائن قد أنفق نفقات استفاد منها باقى الدائنين ، وهو ما يكون فى حالة امتياز المصروفات القضائية ، أو لأن الدائن قد أضاف شيئا جديدا الى ذمة المدين يستفيد منه باقى الدائنين ، كما هو الشأن بالنسبة لامتياز البائع ... الى غير ذلك .

والاعتبارات التى يقوم عليها تقرير الامتياز لحق من الحقوق ، هى نفسها التى تملى عليه الترتيب الذى تجب مراعاته بالنسبة لحقوق الامتياز ، على ما سنبين عند دراستنا للأنواع المختلفة لها .

(٤) ـ اختلاف الامتياز بحسب ما يرد عليه : يختلف الامتياز عن الرهن بنوعيه وعن حق الاختصاص من حيث ما يرد عليه . فهو قد يرد على العقار فقط ، وفى هذه الحالة يكون حق الامتياز عقاريا ، وقد يرد على منقول وفى هذه الحالة يكون منقولا . وقد يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار . وفى الحالتين الاولى والثانية يكون الامتياز خاصا ، سواء ورد على عقار أم على منقول . وفى الحالة الثالثة فان الامتياز يكون عاما على جميع أموال المدين .

ويراعى أن الامتياز ، سواء ورد على عقار أم على منقول ، أم على عقار ومنقول فى الوقت نفسه ، لا يؤدى الى انتقال الحيازة من يد المدين .

(٥) عدم القابلية للتجزئة : رأينا مبدأ عدم القابلية للتجزئة بالنسبة للرهن الرسمى والحيازى وحق الاختصاص ، فهل يمكن اعمال هذا المبدأ بالنسبة لحقوق الامتياز بمعنى أن كل جزء من المال المحمل بالامتياز يعتبر ضامنا للحق الممتاز كله ، وأن كل جزء من الحق الممتاز مضمون بالمال الذى يرد عليه الامتياز جميعه . يرى الفقه والقضاء أعمال هذا المبدأ بالنسبة لحقوق الامتياز وكذلك . هذا ما لم يوجد سبب يدعو الى التجزئة ، كما اذا نشأ الامتياز على حصة شائعة من العقار المملوك كله للمدين .

ثم باع المدين جزءاً مفرزا من العقار، فلا يجوز للدائن أن يدعي الامتياز على الجزء المبيع ما دام الباقي لا يقل عن الحصة الشائعة التي يرد عليها الامتياز. وكذلك اذا شمل البيع منقولات وعقارات بثمن واحد، فان الامتياز يتجزأ، فلا يضمن امتياز بائع العقار أو امتياز بائع المنقول كل الثمن، ويتحصر قصر الامتياز العقاري على ما يقابل العقار، اذ هناك امتيازان مستقلان، احدهما على العقارات والاخر على المنقولات.

والواقع أن التسليم بمبدأ عدم القابلية للتجزئة يرتبط بالنظر الى الامتياز على أنه حق عيني يخول لصاحبه حق التتبع. فاذا سلم بذلك، فان حق الامتياز لا يتجزأ، كالرهن والاختصاص.

المبحث الثاني : تقسيم حقوق الامتياز

٢٨٧ـ تقسيمها الى عامة وخاصة:

تتنوع حقوق الامتياز بحسب ما ترد عليه من أموال الى عامة وخاصة. وتنص المادة ١١٣٢ في هذا الشأن على أن حقوق الامتياز العامة ترد على جميع أموال المدين من منقول أو عقار، أما حقوق الامتياز الخاصة فتكون مقصورة على منقول أو عقار معين، وعلى ذلك فان حقوق الامتياز اما عامة واما خاصة، وفي هذه الحالة الاخيرة قد ترد على منقول معين كما قد ترد على عقار معين.

أولا ـ حقوق الامتياز العامة

٢٨٨ ـ ورودها على جميع أموال المدين عند التنفيذ :

ترد حقوق الامتياز العامة على جميع أموال المدين من منقول وعقار، فلا يتحدد وطء الافضلية بمال معين بالذات من أموال المدين، وانما يتحدد بما لدى المدين من أموال عند التنفيذ، بصرف النظر عما كان لديه وقت نشوء الحق الممتاز، فأهمية هذا النوع من الحقوق الممتازة يبدو وقت التنفيذ، حيث تظهر الاولوية التي يقررها القانون للحق. ومن هذا النوع من الحقوق المبالغ المستحقة للاجراء والنفقة ...

٢٨٦ـ تخول صاحبها الافضلية دون التتبع :

ويقتصر أثر هذا النوع من الحقوق الممتازة على منح صاحبها أفضلية على غيره من الدائنين ،فلا يخضع لقاعدة المساواة بين الدائنين .واذا كان أثرها يقتصر على ذلك، فانه لا يخول لصاحبها سلطة تتبع الاموال التى يرد عليها الحق فى يد من تصرف اليه المدين .وعلى ذلك يستطيع المدين المحملة أمواله باامتياز عام أن يتصرف فى أمواله، فينقضى بذلك ما عليها من امتياز عام بمجرد خروجها من ذمته . ولا يكون لصاحب حق الامتياز الا امتياز على ما هو موجود فى ذمة مدينه وقت التنفيذ فقط. ذلك أن حقه لا يرد على مال معين بالذات من اموال المدين .وهذا ما يفرق بين هذا النوع من الحقوق الممتازة وبين التأمينات العينية الاخرى التى لا يقتصر أثرها على منح الافضلية فقط، بل تخول كذلك حق التتبع .مما دعا الفقه الى القول بأن حق الامتياز العام انما هو وصف يلحق بالدين يخول الدائن أفضلية على غيره من الدائنين فى استيفاء حقه، وبالتالى فانه لا يعد حقا عينيا تبعيا .

٢٩٠ـ عدم ضرورة شهرها ومرتبتها :

على أنه اذا كان أثر هذا النوع من الحقوق الممتازة يقتصر على تخويل الدائن أولوية فى استيفاء حقه ،فان هذه الأولوية يقررها القانون قبل الدائنين الاخرين ، دون حاجة الى شهر الحق، حتى ولو كانت الاموال التى يرد عليها الامتياز عقارية .وقد نصت المادة ١١٣٤ فى فقرتها الثانية على أن " حقوق الامتياز العامة ،ولو كان محلها عقارا ، لا يجب فيها الشهر ، ولا يثبت فيها حق التتبع ، كما نص المشرع كذلك على أنه لا حاجة للشهر أيضا فى حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة" .

وقد حدد النص السابق كذلك مرتبة هذا النوع من الحقوق الممتازة فبين أن " هذه الحقوق الممتازة جميعها تكون أسبق فى المرتبة على أى حق امتياز عقارى آخر، أو أى حق رهن رسمى مهما كان تاريخ قيده .أما فيما بينها ،فالامتياز الضامن للمبالغ المستحقة للخزانة يتقدم على حقوق الامتياز العامة" .

ثانيا ـ حقوق الامتياز الخاصة

٢٩١ ـ تقسيمها الى منقولة وعقارية :

ترد حقوق الامتياز الخاصة أما على منقول معين أو منقولات معينة ، واما على عقار أو عقارات معينة . ولكل منها أحكام خاصة بها تتفق وطبيعة ما يرد عليه حق الامتياز .

٢٩٢ ـ (١) ـ حقوق الامتياز الخاصة المنقولة : قد ترد حقوق الامتياز على منقول معين أو منقولات معينة ، وذلك مثل امتياز المؤجر على المنقولات الموجودة بالعين المؤجرة ، وامتياز بائع المنقول ..

وحقوق الامتياز في هذه الحالة تعتبر حقوقا عينية تبعية تخول لمن تثبت له حق التقدم والتتبع . فللدائن صاحب الحق الممتاز أن يتقدم على ثمن المنقول المحمل بالامتياز ، هذا فضلا عما يكون له من ضمان عام على أموال المدين الاخرى باعتباره دائنا عاديا ، ولكنه في هذه الحالة يتزاحم مع سائر الدائنين العاديين ويخضع لقسمة الغرماء ..

كما أن لصاحب الحق الممتاز أن يتتبع الشيء الذي يرد عليه الامتياز في يد من يكون ليستوفي حقه بالاولوية ، الا أن هذا الحق قد يتعطل بسبب أعمال قاعدة الحيازة في المنقول . فقد يحوز شخص المنقول الذي تقرر عليه حق الامتياز مستندا الى سبب صحيح ، ففي هذه الحالة ليس لصاحب حق الامتياز الاحتجاج بحقه على هذا الحائز ، متى كان هذا الاخير حسن النية ، أي يجهل أن هناك امتيازا عليه . وفي هذا تنص المادة ١١٣٣ / ١ على أنه " لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية " وقد اعتبر المشرع حائزا في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة الى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة ، وصاحب الفندق بالنسبة الى الامتعة التي يودعها النزلاء في فندقه " ، وعلى هذا يحق لمؤجر العقار وصاحب الفندق ، التمسك بقاعدة الحيازة في

المنقول بالنسبة للمنقولات المشار اليها فى النص، اذ المشرع يعتبرها حائزين لتلك المنقولات، ولهذا لا يصح لمن كان له حق امتياز على تلك المنقولات الاحتجاج بحقه قبلهما، فاذا كان المستأجر قد اشترى منقولا لم يدفع ثمنه ، وأدخله فى العين المؤجرة وكان المؤجر حسن النية ، أى لا يعلم بامتياز البائع ، فان هذا الامتياز الاخير لا يحتج به على المؤجر. وكذلك الأمر لو كان المنقول لم يدفع ثمنه ودخل فى أمتعة نزيل الفندق ، فلا يحتج بامتياز البائع على صاحب الفندق .

على أنه اذا كان لصاحب حق الامتياز أن يتتبع المنقول ليمارس عليه أولوية فى أى يد يكون، فانه قد لا يتسنى له مباشرة هذا الحق والافادة من امتيازه ، مما دعا المشرع الى تخويله الحق فى طلب وضع المنقول تحت الحراسة، متى خشى تهديده ، وكانت هناك أسباب معقولة ، وقد نصت المادة ١١٣٣/٢ على هذا بقولها" واذا خشى الدائن لأسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق امتياز لصلحته ، جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة" . ذلك أنه لما كان حق الامتياز الخاص على منقول عرضة للضياع ، فقد أجاز القانون ، اذا خشى الدائن لاسباب معقولة تبديد المنقول المثقل بحق الامتياز ، أن يطلب وضعه تحت الحراسة .

وأخيرا قد يثار التساؤل فى هذه الحالة عما اذا كان حق الامتياز الخاص على المنقول يعتبر حقا عينيا ، خاصة أنه قد لا يتسنى لصاحبه تتبع المنقول بسبب تمسك الغير بقاعدة الحيازة فى المنقول . ولكننا لا نعتقد أن عدم امكان التتبع من حيث الواقع فى بعض الاحيان ، نظرا لتمسك الغير بقاعدة الحيازة ، يؤدى الى القول بأن حقوق الامتياز على المنقول فى هذه الحالة لا تمنح صاحبها حقا عينيا ، اذ أن لصاحب هذا الحق تتبع المنقول الذى يرد عليه الامتياز من الناحية القانونية ، وان كان حقه قد يتعطل من حيث الواقع ، نظرا لتمسك الغير بقاعدة الحيازة .

٢١٣ــ(٢) ــ <u>حقوق الامتياز الخاصة العقارية</u>: ترد حقوق الامتياز الخاصة العقارية على عقار أو عقارات معينة ، وهى امتياز بائع العقار ، وامتياز المقاول والمهندس

وهى تشبه الرهن الرسمى خاصة من حيث ما ترتبه من آثار ، ولا تختلف عنـــه الا من حيث المصدر ، اذ أن مصدرها القانون والرهن مصدره الاتفاق . أما ما عدا هذا من أحكام ، فانها واحدة . وتنص المادة ١١٣٤ / ١ على أنه " تسرى على حقـــوق الامتياز الواقعة على عقار ، أحكام الرهن الرسمى بالقدر الذى لا تتعارض فيه مـــع طبيعة هذه الحقوق ، وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد وما يترتب على القيـد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو " .

وحق الامتياز لو خاص على العقار حق عينى ، لا جدال بشأنه كما هو الحـــال بالنسبة لحقوق الامتياز الاخرى (العامة والخاصة على منقول) . ولا شك أنه يترتـب على قيامه ما يترتب على الرهن الرسمى من آثار ، سواء من حيث التقدم أم من حـيث التتبع ، وذلك متى تم شهره .

المبحث الثالث : آثار حقوق الامتياز وانقضاؤها

٢٩٤ ـ تمهيد :

اذا ما تقرر أن حقا من الحقوق ممتازا ، فانه يصير كذلك بمجرد تقريره ، ســواء فيما بين صاحب الحق والمدين ، أم بالنسبة الى الغير ، الا أنه قد يلزم الشهر فـــى بعض الاحيان للاحتجاج به على الغير . فاذا ما اتخذ هذا الاجراء ، ترتبت عـــلى الامتياز آثاره من حيث تخويل صاحبه التقدم والتتبع . ولهذا نعرض أولا لشهر حقـوق الامتياز ، ثم للتقدم ، والتتبع ، ثم نعرض أخيرا لانقضاء هذه الحقوق .

٢٩٥ ـ أولا : شهر حقوق الامتياز :

تنقسم حقوق الامتياز من حيث خضوعها للشهر الى طائفتين : طائفة لا يجـــب فيها الشهر ، وطائفة أخرى يجب شهرها حتى يمكن الاحتجاج بها على الغير .

ـ أما بالنسبة للطائفة الاولى التى لا يجب فيها الشهر ، فانها تشمل حقـــوق

الامتياز العامة ،حتى ولو كانت واردة على عقار ،وكذلك لا يلزم الشهر بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة الواردة على المنقول . كما لا تخضع للشهر كذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة .

فحقوق الامتياز العامة لا تخضع للشهر ، ولو تعلقت بعقار ، واذا كان يقال أن هذه الحقوق ـ في الحدود التي تقع فيها على العقارات ـ تعد خطرا على الدائنين الاخرين نظرا لسريانها قبلهم رغم عدم شهرها ، الا أنه ينبغي أن يراعى أنها محددة في الزمان ، أي أن الامتياز يضمن الاجور والنفقات لمدة محددة ،وهي عادة لا تكون مبالغ ذات اعتبار كبير ،وهذا هو الشأن كذلك بالنسبة لحقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ، فاذا كان الشهر ممكنا بالنسبة لها ،الا أن المشرع قد أعفاها منه ،خاصة وأن من النادر أن يباشر هذا الامتياز على العقار نظرا لامكان استيفاء المبالغ التي يضمنها من منقولات المدين ، كما أن صاحب المصلحة يستطيع أن يعرف مقدار ما يستحق للدولة بضمان الامتياز ، وذلك بالالتجاء الى الجهة الادارية المختصة (عبد الباقي ص٦٩٣) .

ـوبالنسبة للطائفة الثانية من حقوق الامتياز ، وهي التي يجب شهرها ،فهي حقوق الامتياز الخاصة الواردة على العقار ،وهذا النوع من الحقوق تنطبق عليه أحكام الرهن الرسمي من حيث ضرورة قيدها للاحتجاج بها على الغير . وتأخذ مرتبتها من وقت القيد ،وتسرى أحكام القيد من آثار وتجديد ومحو ، كما يجوز تطهيرها وقد نصت المادة ١١٣٤/ ١ على هذا بقولها" تسرى على حقوق الامتياز الواقعة على عقار أحكام الرهن الرسمي بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع طبيعة هذه الحقوق ،وتسرى بنوع خاص أحكام التطهير والقيد ،وما يترتب على القيد من آثار وما يتصل به من تجديد ومحو" .

واذا كان يتضح من هذا النص سريان أحكام القيد ... على حقوق الامتياز الواقعة على عقار بصفة عامة ،الا أن المشرع عاد في الفقرة الثانية من المادة واستثنى

من ذلك حقوق الامتياز العامة ولو كان محلها عقارا ،وكذلك حقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة ،على ما بينا .

٢٩٦ـ ثانيا ـ حق التقدم :

لا خلاف فى أن جميع حقوق الامتياز تخول لمن تقررت لصالحه أولوية فى استيفاء حقه ،سواء كان حق الامتياز عاما أم خاصا .ويقتضى الكلام فى هذا الصدد أن نعرض لما يرد عليه التقدم ،والمبالغ التى يضمنها الامتياز ، ثم لكيفية مباشرة حق التقدم عندما يتزاحم صاحب الحق الممتاز مع غيره من الدائنين أو مع غيره من أصحاب الحقوق الممتازة الاخرى .

أما بالنسبة لما يرد عليه التقدم ،فان المشرع يعين بالنسبة لحقوق الامتياز ما يرد عليه التقدم .ولا يكون التقدم الا فى حدود ما يرد عليه الامتياز ، بتخويل صاحب الحق الممتاز أولوية على ثمنه أو بصفة عامة على المقابل النقدى لما يرد عليه الامتياز ، فاذا هلك الشىء الذى يرد عليه الامتياز أو تلف ،انتقل حق الامتياز الى المقابل النقدى الذى حل محله ، وتسرى فى هذا الصدد الاحكام المتعلقة بهلاك الشىء المرهون أو تلفه على ما بينا عند كلامنا على الرهن الرسمى (المادة ١١٣٥) .

وتبدو أهمية هذا الحكم المتعلق بتطبيق أحكام الرهن فى حالة الهلاك أو التلف بالنسبة لحقوق الامتياز الخاصة ،أما بالنسبة لحقوق الامتياز العامة ،فان حق الامتياز يمتد فى حالة الهلاك أو التلف الى ما يكسبه المدين من حقوق عوضا عن الشىء بمجرد دخولها فى ذمته ،لان هذا النوع من حقوق الامتياز لا يتعلق بمال معين من أموال المدين ،بل أنه يتمثل فى أولوية للحق الممتاز تبدو عند التنفيذ .

وبالنسبة للمبالغ التى يضمنها الامتياز ، فان القانون يتولى تحديدها كذلك فى النصوص المقررة لحق الامتياز ،ومع ذلك ،فانه ينبغى أن يراعى أن الامتياز يضمن فى الوقت نفسه ،فضلا عن الدين الذى يتقرر الامتياز بصدده ،ملحقات هذا الدين

وتوابعه الطبيعية ،كالفوائد ، والمصروفات المتصلة بنشأة الحق أو باستيفائه .. مـــع مراعاة أن يتمشى أن نفهم فكرة الملحقات في أضيق الحدود .

أما بالنسبة لكيفية مباشرة حق التقدم عندما يتزاحم صاحب الحق الممتاز مع غيره من الدائنين أو مع غيره من أصحاب الحقوق الممتازة الاخرى ، فانه يجب أن نفـــرق بين هاتين الحالتين .

فبالنسبة للتزاحم مع دائنين آخرين ، لا شك أن صاحب الحق الممتاز يفضل على الدائنين العاديين في حدود وطء الافضلية بالنسبة لحقه . وأما بالنسبة للدائنين الاخرين الذين لهم حق التقدم كذلك بما لهم من رهن أو اختصاص ، فانه يجب أن يفرق بين نوعين من حقوق الامتياز : (١) حقوق الامتياز المعفاة من الشهر ، وهي حقـــوق الامتياز العامة ،ولو كان محلها عقارا ،وحقوق الامتياز العقارية الضامنة لمبالغ مستحقة للخزانة العامة . فهذه الحقوق الممتازة بأجمعها تكون أسبق في المرتبة على أي حق امتياز عقاري آخر ،أو أي حق رهن رسمي مهما كان تاريخ قيده (م ١١٣٢/٢) موفيـــا على الرهن الرسمي ،ويرى الفقه تقديم هذا النوع من الحقوق الممتازة كذلك على حـــق الاختصاص مهما كان تاريخ قيده .. وبصفة عامة يمكن القول كما جاء في المذكـــرة الايضاحية للمشروع التمهيدي أن" حقوق الامتياز العقارية التي لا تشهر تسبق فـــي المرتبة كل امتياز عقاري آخر ، وكل حق مقيد مهما كان تاريخ قيده (رهن بنوعيـــه أو اختصاص)" .هذا بالنسبة للحقوق الاخرى .أما فيما بينها ،فان امتياز المبالغ المستحقة للخزانة تسبق في المرتبة حقوق الامتياز الخاصة وتستوفي حقوق الامتياز العامة فيمـــا بينها بنسبة كل منها (انظر المادة ١١٣٢/٢ وكذلك المذكرة الايضاحية في شأنها)
(٢) حقوق الامتياز الخاضعة للشهر ،وهي حقوق الامتياز الخاصة العقارية ،وهـــذا النوع من الحقوق يأخذ حكم الرهن الرسمي ، وتكون الافضلية بينها وبين الرهـــــن والاختصاص على أساس الاسبقية في القيد .

وبالنسبة لتزاحم حقوق الامتياز فيما بينها ،فان القانون هو الذي يتولى تحديده

مرتبتها ٠ فاذا لم ينص صراحة فى حق ممتاز على مرتبة امتيازه ، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز أورده القانون المدنى فى الباب المخصص لحقوق الامتياز ، بصرف النظر عما اذا كان هذا الحق الممتاز واردا فى موضع آخر من القانون المدنى نفسه ، أم فى قانون خاص ٠

على أنه اذا كانت الحقوق الممتازة فى مرتبة واحدة ، فانها تستوفى بنسبة قيمة كل منها ، ما لم ينص القانون على غير ذلك ، وقد نص على الأحكام السابقة فى المادة ١١٣١ ٠

٢٩٧ـ ثالثا ـ حق التتبع :

اذا كان من المسلم به أن حق الامتياز يخول لصاحبه الاولوية دائما ، فان الأمر ليس كذلك بالنسبة لحق التتبع ، اذ لا يخول الامتياز دائما حق التتبع ٠ ذلك أن هناك من حقوق الامتياز ما لا يثبت فيها التتبع ، كما أنه قد لا يتسنى التتبع فى بعض الاحيان من حيث الواقع ٠

فهناك من بين حقوق الامتياز ما لا يثبت فيها التتبع بنص فى القانون ، وهذا هو الشأن بالنسبة لحقوق الامتياز العامة ، اذ لاتخول هذه الطائفة من الحقوق لصاحبها حق التتبع (المادة ١١٣٤/٢) ، وفى بعض الحالات قد لا يتسنى التتبع من الناحية العملية ، وذلك متى كان الامتياز واردا على منقول ، اذ يتعطل حق التتبع نتيجة للتمسك بقاعدة الحيازة فى المنقول ٠ فمتى حاز شخص منقولا بسبب صحيح ، وكان حسن النية ، فانه لا يحتج عليه بحق الامتياز الوارد على هذا المنقول ٠ وقد رأينا أن القانون قد اعتبر حائزا ، وبالتالى لا يحتج عليه بحق الامتياز الوارد على المنقول ، مؤجر العقار وذلك بالنسبة الى المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة ، وصاحب الفندق ، وذلك بالنسبة الى الامتعة التى يودعها النزلاء فى فندقه ، متى كانت هذه الامتعة أو تلك المنقولات مثقلة بحق امتياز ٠

وفيما عدا الحالات السابقة التى لا يتسنى فيها التتبع ، سواء من حيث القانون

أم من حيث الواقع فان الامتياز يخول صاحبه حق التتبع . فالتتبع يثبت في حقوق الامتياز الخاصة على العقار، كما هو الشأن تماما بالنسبة للرهن الرسمي، وذلك حتى قيد حق الامتياز، بل انه يثبت كذلك للخزانة العامة بالنسبة للعقار الضامن للمبالغ المستحقة لها حتى ولو لم يشهر حق الامتياز في هذه الحالة (أنظر المادة ٢/١١٣٩) وفي المنقول كذلك، يكون لصاحب الامتياز أن يتتبعه ولو حازه شخص آخر، وذلك اذا لم تتوافر شروط التمسك بقاعدة الحيازة، بأن كان الحائز لا يستند الى سبب صحيح، أو لم يكن حسن النية .

٢٩٨ـ انقضاء حقوق الامتياز:

" ينقضي حق الامتياز بنفس الطرق التي ينقضي بها حق الرهن الرسمي، وحق رهن الحيازة، وفقا لاحكام انقضاء هذين الحقين، ما لم يوجد نص خاص يقضي بغير ذلك" (م ١١٣٦).

وعلى ذلك فان حق الامتياز قد ينقضي بصفة أصلية، كما قد ينقضي بصفة تبعية، لأنه حق تبعي يتقرر ضمانا لحق أصلي . فاذا كان الامتياز واردا على عقار طبقت الاحكام الواردة بالنسبة للرهن الرسمي، وان كان واردا على منقول طبقت الاحكام الخاصة بانقضاء الرهن الحيازي . كل هذا ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك .

ويراعى أنه " يترتب على تسجيل حكم ايقاع البيع أو التأشير به وفقا لحكم المادة ٤٤٨ مرافعات) تطهير العقار المبيع من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية التي أعلن أصحابها بايداع قائمة شروط البيع، وأخبروا بتاريخ جلسته طبقا للمادتين ٤١٧ و٤٢٦ (مرافعات)، ولا يبقى لهم الا حقهم في الثمن" (م ٤٥٠ مرافعات)

الفصل الثانى

أنواع الحقوق الممتازة

٢٦٩ـ تمهيد :

يبين المشرع الحقوق الممتازة فى الباب الخاص بها من المجموعة المدنية فى نهاية كلامه عن الحقوق العينية التبعية . الا أنه الى جانب تلك الحقوق ، توجد حقوق أخرى ممتازة ، مقررة بنصوص خاصة ، سواء وردت تلك النصوص الخاصة فى المجموعة المدنية نفسها فى مجموعات القوانين الاخرى ، أم فى قوانين خاصة . ومن أمثلة ما جاء فى المجموعة المدنية امتياز القروض التى يمنحها اتحاد ملاك الطبقات للشركاء لتمكينهم من القيام بالتزاماتهم (أنظر المادة ٨٦٩) . ومن أمثلة ما نص عليه فى المجموعات الاخرى ما جاء فى المادة ٨٥ من القانون التجارى من اعطاء الوكيل بالعمولة امتيازا على البضائع المرسلة أو المسلمة اليه أو المودعة عنده من أجل المبالغ المطلوبة له من عميله . ومن أمثلة ما نص عليه فى قوانين خاصة ما نص عليه قانون المحاماة (رقم ٦١ لسنة ١٩٦٨) فى المادة ١١٧ منه على أن : " أتعاب المحامى وضمانات الافراج والكفالات أيا كان دافعها حق امتياز يلى مباشرة حق الخزانة العامة على ما آل الى موكله نتيجة الدعوى موضوع الوكالة .

هذه الحقوق الممتازة الواردة فى غير الباب المخصص لحقوق الامتياز فى المجموعة المدنية تقوم الى جانبها ، كما بينت المادة ١١٣٧ ، وقد ينص القانون على مرتبة الحق الممتاز فى النص الخاص به ، فاذا لم يحدد القانون مرتبة الامتياز الذى ينص عليه ، كان هذا الحق متأخرا فى المرتبة عن كل امتياز أورده المشرع فى الباب الخاص بحقوق الامتياز فى المجموعة المدنية (م ١/١١٣١) .

ولن نعرض لدراسة حقوق الامتياز التى ينص عليها فى مواضع أخرى غير الباب المخصص لحقوق الامتياز ، وسنكتفى هنا بدراسة ما أوردته المجموعة المدنية فى هذا

... وقد قسمها المشرع الى طائفتين . فى الطائفة الاولى تكلم عن حقوق الامتياز العامة ، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول ، وفى الطائفة الثانية تكلم عن حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار . وسنعرض لكل من هاتين الطائفتين طبقا للترتيب الذى أورده المشرع بشأنهما .

المبحث الأول : حقوق الامتياز العامة وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول

٣٠٠ — بيانها وترتيبها :

أورد المشرع هذه الحقوق فى المواد ١١٣٨ وما بعدها حتى المادة ١١٤٦ ، وقد رتبها بحسب درجة امتيازها فجعل امتياز المصروفات القضائية فى المرتبة الاولى ثم تلاه بامتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، فامتياز المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ثم حقوق الامتياز العامة ثم امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة ثم امتياز مؤجر العقار وامتياز صاحب الفندق ، مع اعطائهما مرتبة واحدة ، وعند تزاحمهما يقدم الاسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة الى الآخر . وأخيرا نص على امتياز بائع المنقول والمتقاسم فيه وجعلها فى مرتبة واحدة كذلك وعند تزاحمهما يقدم الاسبق فى التاريخ . وسنعرض فيما يلى لاحكام الحقوق الممتازة التى أوردها القانون على النحو السابق ، بحسب ترتيبها .

أولا — امتياز المصروفات القضائية

٣٠١ — نص القانون

نصت المادة ١١٣٨ على أن : (١ — المصروفات القضائية التى انفقت لمصلحة جميع الدائنين فى حفظ أموال المدين وبيعها ، لها امتياز على ثمن هذه الاموال — ٢ — وتستوفى هذه المصروفات قبل أى حق آخر ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى بما فى ذلك حقوق الدائنين الذين أنفقت المصروفات فى مصلحتهم ، وتتقدم المصروفات التى انفقت

فى بيع الاموال على تلك التى انفقت فى اجراءات التوزيع .

٢٠٢ - المقصود بها والشروط الواجب توافرها لقيام الامتياز :

ويقصد بالمصروفات القضائية تلك المصروفات التى انفقت لصالحة جميع الدائنين . فاذا لم تكن كذلك لا يقوم الامتياز ، كما اذا كانت قد انفقت لصالحة أحد الدائنين مثل المصروفات التى يقوم الدائن بانفاقها للحصول على حكم بوجود حقه فى ذمة المدين . واذا ما انفقت المصروفات لصالحة بعض الدائنين دون الاخرين ، فان الامتياز لا يكون الا بالنسبة لمن عادت عليهم المصروفات بالفائدة دون الاخرين ، كما هو الشأن بالنسبة لمصروفات ادارة التركة التى ينفقها المصفى ، ومصروفات ادارة التفليسة وأتعاب السنديك عن هذه الادارة ، اذ يستفيد جميع الدائنين العاديين من هذه المصروفات ولا يستفيد منها من كان دينه مضمونا برهن على مال معين من أعيان التركة أو أموال المفلس ، فلا تكون ممتازة بالنسبة الى هذا الاخير طالما اقتصر على استيفاء دينه من ثمن المال المحمل بالرهن . وعلى ذلك يلزم أن تكون المصروفات قد عادت بالفائدة على جميع الدائنين حتى يترتب الامتياز فى مواجهتهم جميعا . فاذا عادت على أحدهم لا يقوم الامتياز ، واذا عادت على بعضهم فقط دون الآخرين اقتصر سريان الامتياز على من أفادوا منها .

ويلزم لكى تعتبر المصروفات قضائية يترتب لها الامتياز ، أن تكون قد أنفقت فضلا عما سبق - فى حفظ أموال المدين وبيعها . أى يلزم أن يكون الغرض منها تحويل أموال المدين الى نقود وتوزيعها على الدائنين ، سواء كانت هذه المصروفات قد أنفقت فى حفظ أموال المدين أم فى بيعها وتوزيع ثمنها . ولا يقصد بمصروفات الحفظ هنا الحفظ المادى من الهلاك أو التلف ، ولكن يقصد الحفظ القانونى ، كمصروفات وضع الاختام والحجز التحفظى . أما مصروفات البيع فيدخل فيها مصروفات البيع بالمزاد واجراءات نزع الملكية ، وتوزيع الثمن على الدائنين . على أن يراعى أن تتقدم المصروفات التى انفقت فى البيع على تلك التى انفقت فى اجراءات التوزيع .

هذا بالنسبة للشروط التي يجب توافرها لكي يثبت الامتياز . فيجب أن تكون مصروفات قضائية ، ثم انفاقها لمصلحة جميع الدائنين ، وذلك في سبيل حفظ أموال المدين وبيعها .

ويراعى أنه لكي تعتبر المصروفات قضائية انه يلزم أن تنفق في سبيل تحويل أموال المدين الى نقود لكي توزع على الدائنين وفي اجراءات يفرضها القانون ، انما لا يلزم لاعتبارها قضائية ان تنفق في دعوى أمام القضاء ، بل انها تعتبر كذلك حتى ولو كانت سابقة على رفع الدعوى مثل مصروفات جرد أموال المدين ووضع الاختام ، كما تعتبر كذلك حتى ولو لم تنفق أمام القضاء ، بل أمام أعوانه كالمحضرين والخبراء ، أو الحراس القضائيين أو المصفين للتركات . فاذا لم تكن المصروفات قضائية ، كمصروفات تصفية ودية لاموال المدين قام بها أحد الدائنين دون ترخيص من الباقين ، أو كمصروفات قسمة رضائية ، فلا يثبت لها الامتياز .

٢- محل الامتياز :

يثبت الامتياز للمصروفات التي توافرت فيها الشروط السابقة على ثمن أموال المدين التي أنفقت المصروفات القضائية في حفظها أو في بيعها وتوزيع ثمنها . فالامتياز يرد على الثمن لا على المال ذاته الذي تمت بشأنه المصروفات ، وهو يرد على ثمن هذا المال دون ثمن غيره من الاموال الاخرى التي المدين ، والتي لم تتم تلك المصروفات بشأنها .

٣٠٤- مرتبة الامتياز :

يأتي امتياز المصروفات القضائية في المرتبة الاولى ، وتستوفى تلك المصروفات قبل أي حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمي . ويقوم من انفقها باستيفائها فقط أولا ، بصرف النظر عن مرتبة حقه الذي أراد الحصول عليه من وراء تلك المصروفات . فالمصروفات تستوفى أولا قبل حقوق أي دائن من الدائنين الذين انفقت المصروفات في مصلحتهم ، وبصرف النظر عن مراتبهم .

وعند تزاحم المصروفات فيما بينها قدمت المصروفات التى انفقت فى البيع على تلك التى أنفقت فى اجراءات التوزيع .

والحكمة من تقدم امتياز المصروفات القضائية وجعله فى المرتبة الاولى هى أن هذه المصروفات قد افاد منها جميع الدائنين الذين يحتج عليهم بالامتياز ، لذلك كان من العدل أن يستوفى تلك المصروفات أولا ، وفى هذا ما يشجع على القيام بالاعمال التى تعود بالفائدة على الدائنين جميعا .

ثانيا – امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة

٣٠٥ – نص القانون :

نصت المادة ١١٣٩ على أن : (١) المبالغ المستحقة للخزانة العامة من ضرائب ورسوم وحقوق أخرى من أى نوع كان ، يكون لها امتياز بالشروط المقررة فى القوانين والاوامر الصادرة فى هذا الشأن : (٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن الاموال المثقلة بهذا الامتياز فى أية يد كانت قبل أى حق آخر ، ولو كان ممتازا أو مضمونا برهن رسمى ، عدا المصروفات القضائية" .

٣٠٦ – ضرورة تقريرها

وعلى ذلك فان الامتياز فى هذه الحالة يضمن جميع المبالغ المستحقة للخزانة العامة ، أيا كان نوع هذه المبالغ ، كالضرائب والرسوم .. بشرط أن يتقرر امتياز هذه المبالغ فى القوانين والاوامر الخاصة بها . فاذا لم تقرر القوانين والاوامر امتيازا المبالغ التى تستحق للدولة ، لا تتمتع هذه المبالغ بالامتياز المنصوص عليه هنا . والقوانين والاوامر التى من هذا النوع متعددة منها القانون الخاص بضريبة الاطيان ، والقانون الخاص بضريبة المبانى ، والقانون الخاص بالضريبة على ايرادات رؤوس الاموال المنقولة وعلى الارباح التجارية والصناعية وكسب العمل ... الخ .

٣٠٧ـ محل الامتياز:

محل هذا الامتياز هو ثمن الاموال المثقلة به ، والتي تعينها القوانين الخاصة في كل حالة . فقد يرد على ثمن حق خاص من أموال المدين مثل امتياز ضريبة المباني الذي يتقرر على الاراضي المستحقة عليها الضريبة وعلى ثمارها ومحصولاتها وعلى المواشي والمنقولات التابعة لهذه الارض. وقد يرد الامتياز عاما على جميع أموال المدين من منقولات وعقارات ، كامتياز المبالغ المستحقة عن الضريبة العامة على الايراد ، فهو لا يرد على مال معين بذاته ...

٣٠٨ـ مرتبة الامتياز:

ويأتي امتياز المبالغ المستحقة للخزانة العامة في المرتبة الثانية بعد امتياز المصروفات القضائية . وتفضل هذه المبالغ ـ بعد المصروفات القضائية ـ على أي حق آخر ، سواء كان هذا الحق ممتازا أم كان مضمونا بتأمين عيني آخر ، أيا كان تاريخ قيده .

هذا ويراعى أن هذا الامتياز يخول حق التتبع ، بصفة عامة ، سواء تعلق الامر الامر بعقار أم منقول ، وفي الحالة التي يتقرر فيها على عقار فانه يخول حق التتبع دون حاجة الى الشهر . الا أنه في حالة وروده على منقول قد يتعطل حق التتبع نتيجة للتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول . ويراعى أن هذا الامتياز يقتضيه الصالح العام .

ثالثا ـ امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه

٣٠٩ـ نص القانون ومعنى الامتياز:

نصت المادة ١١٤٠ على أن : " (١) المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم له من ترميم ، يكون لها امتياز عليه كله . (٢) وتستوفى هذه المبالغ من ثمن هذا المنقول المثقل بحق الامتياز بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة مباشرة . أما فيما بينها فيتقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسي لتواريخ صرفها "

وهذا الامتياز مبناه حفظ الشيء ، اذ لولا المصروفات التي تمت لهلك المنقول ،

أو نقصت قيمته ، ولهذا كان من العدالة أن يتقدم من قام بها على غيره .

٢١٠ـ الحق الممتاز :

هو الحق في الحصول على المبالغ التي صرفت في حفظ المنقول وفيما يلزم لـه من ترميم ،أي المبالغ التي صرفت في صيانة المنقول ، بحيث لولاها لهلك أو لنقصت قيمته ، وذلك كمصروفات حفظ وصيانة السيارة ، ومصروفات علف الماشية ، وأجرة النجار الذي يصلح الاثاث ... كل هذا طالما كانت المصروفات بقصد الحفظ والترميم .

أما اذا كان يقصد من المصروفات تحسين المنقول أو الزيادة في قيمته فلا يثبت لها الامتياز المذكور وان كان عند الفقهاء أن يستفيد من حقه في الحبس ،مثل ذلك مصروفات تغيير لون السيارة ماذ لا يقصد منها الحفظ والترميم ،وكذلك الحال بالنسبة للمصروفات التي تتم بقصد تغيير المنقول من حالة الى اخرى كالخشب يصنع صندوقا ماذ ليس الغرض هو الحفظ والترميم كما ينص القانون .

وقد تدق التفرقة بين مصروفات الحفظ والترميم وبين غيرها من المصروفات الاخرى ، ولهذا تترك الامر لقاضى الموضوع،مع مراعاة ضرورة توافر رابطة السببية بين المبالغ التي صرفت،وبين حفظ المنقول وصيانته من التلف أو الهلاك ، والعبرة بالنتيجة التي ترتبت على القيام بالمصروفات ،فاذا ما انفقت مصروفات بقصد الصيانة ،ولم تؤد الى الغاية التي قصدت منه فلا يكون هناك امتياز للمبالغ التي صرفت طالما لم تتحقق النتيجة .

ويثبت الامتياز لمن قام بالنفقات ، حتى ولو لم يكن قد قام هو نفسه بالصيانة على النحو السابق،متى ثبت أن الصيانة قد تمت من المبالغ التي دفعها ،فاذا قدم شخص للمدين نقودا وصرفت هذه النقود في حفظ منقول للمدين المفلس وفي صيانته ثبت الامتياز لمن قدم النقود .

هذا ويجب أن تكون المصروفات لصيانة المنقول ، لا لصيانة عقار ،وقد انتقد الفقه هذه التفرقة ،ولم يكن القانون الملغى يفرق بين صيانة المنقول وصيانة العقار ،ولكن القانون الحالى قد اخذ بهذه التفرقة وقصر الامتياز على حالة صيانة المنقول فقط ،أما فى العقار فان للمقاول والمهندس امتيازا بالنسبة للمبالغ المستحقة عن ترميمه وصيانته ، ولكن الواقع أن هذا الحل الاخير لا يزيل كل أثر للتفرقة بين المنقول والعقار ، وفى للعقى حالة ما اذا قام بالصيانة والترميم شخص آخر غير المهندس والمقاول .

واذا لزم أن ترد المصروفات على منقول ، فلا أهمية لنوع المنقول ، فقد يكون منقولا ماديا أو معنويا . وقد جاء فى مذكرة المشروع التمهيدى للقانون أن الحق الممتاز" هو المبالغ التى صرفت فى حفظ المنقول وترميمه ، كأجرة الساعاتى وصلح السيارة والحارس ، ولا يدخل مبلغ التأمين ولا الرسوم الجمركية ولا أجرة النقل من مكان الى مكان" .

٢١١ـ محل الامتياز:

يقع الامتياز على المنقول كله الذى انفقت المبالغ التى يضمنها الامتياز فى حفظه أو ترميمه ،فلا يقتصر الامتياز على ما زاد فى قيمة المنقول بناء على هذا الحفظ والترميم ،وهذا يختلف عن امتياز المهندس والمقاول فى حالة العقار ، اذ يكون امتيازهما على العقار بقدر ما زاد فى قيمته وقت بيعه بسبب عملهما .

٢١٢ـ مرتبة الامتياز:

يأتى امتياز مصروفات صيانة المنقول فى المرتبة الثالثة بعد امتياز المصروفات القضائية ، وامتياز المبالغ المستحقة للخزانة ،وتستوفى المبالغ التى صرفت من ثمن المنقول الذى يقع عليه الامتياز ،واذا تعددت المبالغ التى صرفت فى هذا الغرض فانه يتقدم بعضها على بعض بحسب الترتيب العكسى لتواريخ صرفها ، فيتقدم ما صرف أخيرا على ما صرف قبله وهكذا ، والعلة فى هذا التفضيل انه لولا المصروفات الاخيرة لهلك الشىء المنقول أو لنقصت قيمته ،وما أمكن للدائن بالمصروفات السابقة أن يستوفى حقه .

رابعا ــ حقوق الامتياز العامـــة

٢١٣ ــ نص القانون :

نصت المادة ١١٤١ على أنه : " ١ ــ يكون للحقوق الاتية امتياز على جميع أمـــوال المدين من منقول وعقار ، أ ــ المبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخـر ، من أجورهم ورواتبهم من أي نوع كان ، عن الستة الاشهر الاخيرة ، ب ــ المبالـــغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعوله من مأكل وملبس في الستة الاشهـــر الاخيرة ، جـ ــ النفقة المستحقة في ذمة المدين لاقاربه عن ستة الاشهر الاخيرة .

٢ ــ وتستوفى هذه المبالغ مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقـــة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم ، أما فيما بينها فتستوفى بنسبة كل منها " .

٢١٤ ــ الحقوق الممتازة :

عرض المشرع في النص السابق للحقوق التي قرر لها امتيازا عاما على جميع أمـــوال المدين من منقول وعقار ، وهذه الحقوق هي حقوق الاجراء ، وحقوق الموردين ، والنفقـة المستحقة في ذمة المدين لاقاربه . وهذه الحقوق الممتازة تشترك في محلها وفـــي مرتبتها وما يترتب عليها من آثار ، ولكنها تختلف من حيث شروط ثبوتها والمبالغ الـتي تضمنها ، وسنعرض لكل منها على حدة .

٢١٥ ــ المبالغ المستحقة للاجراء :

جعل القانون للمبالغ المستحقة للخدم والكتبة والعمال وكل أجير آخر امتيازا على جميع أموال المدين عن الستة الاشهر الاخيرة ، ومعنى هذا الامتياز اعتبارات انسانيـة ، اذ أن هؤلاء الاجراء يعتمدون أساسا على أجورهم في معيشتهم .

ويثبت الامتياز لكل أجير ، أي لكل من يتقاضى أجرا نظير القيام بعمل ، وقـــد أورد نص القانون أمثلة لهؤلاء الاجراء كالخدم والكتبة والعمال ، كما أوردت مذكـــرة المشروع التمهيدي من يعتبرون من الاجراء ــ علاوة على من سبقوا ــ الطاهـــي

والبواب وسائق السيارة وخادم المزرعة والسكرتير الخاص والموظف ومربي الاطفال والوكيل المأجور. ويتضح من ذلك أنه لايلزم أن يكون الاجير عاملا يرتبط بعقد عمل يتقاضى عنه الاجره ولكن يبدو أن من يستفيد من هذا الامتياز هو كل من يتقاضى أجـــرا حتى ولو لم تكن هناك علاقة عمل كالوكيل بأجره اذ لا يرتبط بعقد عمل . فاتجاه القانون وما يفهم من المذكرة الايضاحية الى جعل هذا الامتياز يشمل جميع من يتقاضى أجـــرا ، حتى ولو لم يكن ذلك بسبب قيام عقد عمل .

وضمهم نص المادة ١١٤١/١ : وما جاء بالمذكرة الايضاحية ، على هذا النحـــو ، يجعلنا نقرر أن هذا النص لا يشمل فقط من يتقاضون أجرا نظرا لوجود عقد عمـــل ، بل وأيضا يخول امتيازا لكل أجير آخر غير هؤلاء . ولذلك يجب اعمال نص المـــادة ١١٤١/١ أ بعان هؤلاء الاخيرين . أما من يسري عليهم قانون العمل فانهم يستفيدون من نص المادة ٥ من قانون العمل رقم ١١٦ لسنة ١٩٨١ الذي يختلف من بعض الوجــوه عن المادة ١١٤١ ، والذي يجب العمل به فيما تعارض فيه من أحكام مع نص القــانون المدني ، نظرا لأن نص قانون العمل لاحق ، وهو قانون خاص .

فقد نصت المادة ٥ من قانون العمل على أنه : " يكون للمبالغ المستحقة للعامــل أو للمستحقين عنه بمقتضى أحكام هذا القانون امتياز على جميع أموال المدين من منقــول وعقار ، وتستوفى مباشرة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامــــة ومصروفات الحفظ والترميم " .

واذا كانت المادة ٥ تجعل الامتياز في المرتبة الرابعة ، فانها لاتسوي بينه وبين امتياز الموردين وامتياز النفقات ، ولذلك يمكن القول ــ اعمالا للمادة ٥ أن امتيـــاز المبالغ المستحقة للعامل يتقدم على امتياز الموردين وامتياز النفقات .

كما أن هذا الامتياز يضمن كل المبالغ التي تستحق للعامل طبقا لأحكام قانــون العمل بصفة عامة أيا كانت هذه المبالغ كالتعويضات ومكافأة الخدمة ، فضلا عن الاجــور والرواتب أيا كانت . فالامتياز اذن لا يقتصر على الاجور والرواتب أيا كان نوعها كمـــا

يتضح من المادة ١١٤١ (١) .

ومن ناحية أخرى ،فان نص المادة ٥ من قانون العمل يخول الامتياز للمبالغ التي أشار اليها دون تحديد مدة ،خلافا المادة ١١٤١ التي تحددها بستة أشهر ،وهي الستة أشهر الاخيرة من خدمته .

٣١٦ـ (٢) المبالغ المستحقة للموردين :

جعل القانون للمبالغ المستحقة عما تم توريده للمدين ولمن يعولهم ،من مأكل وملبس ، امتيازا عن الستة أشهر الاخيرة ،والواقع أن في تقرير هذا الامتياز ما ييسر على المدين الحصول على المواد اللازمة لمعيشته اذا لم يستطع دفع ثمنها فورا ، اذ يطمئن الدائن عند توريدها الى أن لحقه امتيازا .

وهذا الامتياز يقتصر على ثمن ما تم توريده من مأكل وملبس فقط ، فلا يشمل غيرها كما أنه يجب أن يكون توريدها للمدين لكي يستهلكها لا ليتجر فيها ،وأن يكون توريدها قد تم بالفعل للمدين أو لم يعولهم ،ولا يضمن الامتياز الا المبالغ المستحقة عما تم توريده في الستة أشهر الاخيرة فقط .

٣١٧ـ (٣) امتياز النفقة :

يجعل القانون دين النفقة دينا ممتازا ، باعتبار أنها تتقرر لدفع الحاجة وللاستعانة بها على الحياة ، فأساس تقرير هذا الامتياز اعتبارات انسانية كذلك كما هو الشأن بالنسبة لما يستحق للاجراء .

والمبالغ التي يضمنها الامتياز هي النفقات التي تستحق على المدين بها لأقا .. لزوجته كذلك ، طبقا لقوانين الاحوال الشخصية ،ويضمن الامتياز نفقة الستة أشهر الاخيرة فقط كما هو الحال بالنسبة لامتياز المبالغ المستحقة للاجراء والموردين .

محل الامتياز : يرد الامتياز في الحالات الثلاث السابقة على جميع أموال المدين من منقول وعقار ،واذا ما ورد الامتياز على عقار فانه لا يشهر ،كما لا يخول لمن تقرر له

حق التتبع.

مرتبة الامتياز: تأتى حقوق الامتياز السابقة فى المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة العامة ومصروفات الحفظ والترميم.

واذا ما تعددت حقوق الامتياز العامة فيما هو الحكم؟ تنص المادة ١١٤١/٢ على أنها تستوفى فيما بينها بنسبة كل منها. ولكنا رأينا أن نص المادة ٨ من قانون العمل يعطى للمبالغ المستحقة للعمال بمقتضى أحكام قانون العمل امتيازا على جميع أموال المدين، ويجعله فى المرتبة الرابعة بعد المصروفات القضائية والمبالغ المستحقة للخزانة ومصروفات الحفظ والترميم. ولم يشر النص الى امتياز المبالغ المستحقة للموردين ولا الى امتياز النفقات، مما يفهم منه أن امتياز المبالغ المستحقة للعامل يتقدم على هذين الامتيازين.

خامسا — امتياز مصروفات الزراعة والمبالغ المستحقة فى مقابل الآلات الزراعية

٣١٨ — نص القانون — معنى الامتياز:

نصت المادة ١١٤٢ على أن " ١ — المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب والمواد المقاومة للحشرات والمبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد، يكون لها امتياز على المحصول الذى صرفت فى انتاجه، وتكون لها جميعا مرتبة واحدة ٢ — وتستوفى هذه المبالغ من ثمن المحصولات مباشرة بعد الحقوق المتقدمة الذكر. ٣ — وكذلك يكون للمبالغ المستحقة فى مقابل آلات الزراعة حق امتياز فى نفس المرتبة على هذه الالات.

تشمل هذه الطائفة طائفتين من الحقوق الممتازة، الأولى حقوق امتياز مصروفات الزراعة، والثانية حقوق امتياز المبالغ المستحقة فى مقابل الالات الزراعية. ذلك أن من العدالة أن يتقدم الدائن الذى قام بمصروفات فى سبيل انتاج المحصول وأفاد بذلك

غيره من الدائنين . كما أن من العدالة كذلك أن يستوفى الدائن الذى أوجد الالات الزراعية فى ذمة المدين المزارع حقه من ثمن تلك الالات قبل غيره .

٢١٩ـ الحقوق الممتازة ومحلها :

(١) المبالغ المنصرفة فى البذور والسماد وغيره من مواد التخصيب ، والمواد المقاومة للحشرات . وكذلك المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد . فالامتياز يضمن فى هذه الحالة كل ما أنفق فى البذور والسماد والمواد الاخرى التى تستعمل فى التخصيب أو فى مقاومة الحشرات ، ويدخل فى ذلك ثمن هذه البذور والمواد وأجرة نقلها ، مع مراعاة أنه يكون لبائع البذور والمواد التى وردت للمزارع امتياز بائع المنقول بشرط أن تظل محتفظة بذاتيتها ، فاذا لم يتحقق هذا الشرط ، يكون لها الامتياز الذى نحن بصدده . كما يضمن الامتياز كذلك المبالغ المنصرفة فى أعمال الزراعة والحصاد ومثل المصروفات التى انفقت فى اعداد الارض للزراعة وفى حرثها وريها وصرفها وفى حصادها وتعبئة المحصول .. ويدخل فى ذلك أجور العمال الذين يساهمون فى الاعمال السابقة وفى اعداد المحصول ، كما يدخل فيها كذلك أجور الالات التى تستخدم فى الرى وفى اعداد المحصول . على أنه بالنسبة لاجور العمال بصفة عامة ، فان المشرع يجعل لهم امتيازا عاما باعتبارهم أجراء ، فيكون لهم الافادة منه لأنه أسبق فى المرتبة ، ومع ذلك فقد تكون لهم مصلحة فى التمسك بالامتياز الذى نحن بصدده اذا تعذر عليهم الافادة من امتيازهم كأجراء .

هذا ويراعى أنه ينبغى أن يثبت أن المبالغ السابقة قد انفقت فى انتاج المحصول ، سواء قدم الدائن المواد التى استخدمت ، أو قام بنفسه بالعمل ، أم كان قد اقرض هذه المبالغ للمدين ، على أن يثبت أن هذا الاخير استخدمها فى اعداد المحصول وأعمال الزراعة .

كما يراعى أيضا ما قد يكون للدولة من امتياز فى هذا الصدد ، بالنسبة للمبالغ التى تتحملها فى مقاومة الحشرات والافات الضارة ، أو بالنسبة لمواد التسميد ....

ومحل هذا الامتياز هو المحصول الذي أنفقت المصروفات في انتاجه، سواء كان انتاجه يستغرق سنة أو أقل أو أكثر من ذلك. ويرد الامتياز على المحصول الذي أنتجته المصروفات بالذات دون غيره. فاذا كانت المبالغ قد أنفقت على عدة محصولات، كان كل محصول منها ضامنا لهذه المبالغ بنسبة ما خصه منها.

ولا يرد الامتياز على المحصول الا بعد جنيه، ويظل الامتياز قائما ما لم يصطدم بحق حائز حسن النية يتمسك في مواجهة الدائن بقاعدة الحيازة. وقد ثار الخلاف حول ما اذا كان الامتياز على المحصول يبقى في هذه الحالة حتى ولو ألحقت الثمار بالعقار نتيجة لتسجيل تنبيه نزع الملكية، الا أنه ينبغي أن يراعى أن الحاق الثمار بالعقار قد قصد به توفير الضمان للدائنين في استيفاء حقوقهم من ثمن هذا العقار قبل الدائنين العاديين، ولا يؤدي الى اهدار الحق العيني المقرر للدائن على هذه الثمار بحكم القانون، ولذلك يظل امتياز مصروفات الزراعة، ويستوفى بمرتبته من ثمن هذه الثمار.

(٢) - <u>المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة</u>: يضمن الامتياز المبالغ المستحقة في مقابل آلات الزراعة، أيا كانت هذه المبالغ من ثمن ومصروفات اصلاح وتحسين، كما يضمن المبالغ المذكورة أيا كانت آلات الزراعة، سواء كانت تستخدم في الحرث أم في الري أم في جمع المحصول ودرسه ونقله..

على أنه ينبغي أن يراعى في هذا الصدد أنه اذا تعلق الامر بمبلغ ثمن فان للبائع امتياز بائع المنقول، ولكنه متأخر في المرتبة عن الامتياز الذي نحن بصدده. كما أن الامتياز الذي نحن بصدده يضمن الوفاء بالثمن وملحقاته، فضلا عن أنه يضمن مصروفات اصلاح الالات أو تحسينها، فهو بذلك يختلف من حيث نطاقه عن امتياز بائع المنقول الذي لا يضمن الا الثمن وملحقاته، كما يختلف عن امتياز مصروفات حفظ المنقول وترميمه، اذ أن امتياز الحفظ والترميم لا يضمن مصروفات التحسين.

ومحل هذا الامتياز هو الالات الزراعية التي استحقت المبالغ في مقابلها، فهو

امتياز مستقل عن امتياز مصروفات الزراعة ، وهو بذلك لا يرد على المحصول . واذا ما صارت الالات عقارا بالتخصيص ، ظل عليها الامتياز . اللهم الا اذا شملها رهن على العقار ، وكان المرتهن حسن النية ، أى لا يعلم وقت الحاقها بخدمة العقار بالامتياز الذى عليها نظير ثمنها أو تحسينها ، اذ فى هذه الحالة لا يحتج عليه بالامتياز المذكور .

٣٢٠ ـ مرتبة الامتياز :

يأتى امتياز مصروفات الزراعة ، وكذلك امتياز المبالغ المستحقة فى مقابل الالات ، فى المرتبة الخامسة بعد الحقوق المتقدمة : المصروفات القضائية والمستحق للخزانة ، والحفظ والترميم ، والامتيازات العامة ، واذا تعددت مصروفات الزراعة ، فانها تستوفى من المقابل النقدى للمحصول بنسبة كل منها . واذا تعددت المبالغ المستحقة مقابل الالات فانها تستوفى كذلك بنسبة كل منها وذلك من المقابل النقدى للآلة ذاتها .

ولا يتصور التزاحم بين امتياز مصروفات الزراعة وامتياز المبالغ المستحقة فى مقابل الالات ، لان كل منهما يرد على محل مختلف ، وهذا هو الوضع السليم ، خلافا لما يبدو من عبارة المذكرة الايضاحية فى هذا الصدد حيث جاء بها : " يأتى كل امتياز من هذين فى المرتبة الخامسة بعد الامتيازات السابقة الذكر . أما فيما بينهما فتستوفى بنسبة كل منهما ، وذلك نظرا لانه لا تزاحم بينهما ، اذ يرد أحدهما على المحصول والاخر على الالات الزراعية .

سادسا : امتياز المؤجر وامتياز صاحب الفندق

١ ـ امتياز المؤجر

٣٢١ ـ معنى الامتياز :

يقوم هذا الامتياز لضمان حق المؤجر قبل المستأجر ، ومبناه فكرة الرهن الضمنى ، على أساس أن المؤجر والمستأجر ، عندما يتفقان على الايجار ، يقصدان ضمنا أن تكون المنقولات التى يضعها المستأجر فى العين ضامنة لما يترتب فى ذمة من التزامات

قبل المؤجر بمقتضى عقد الايجار ، واذا وقع الامتياز على المحصول فى الاراضى الزراعية فان مبنى الامتياز فضلا عن فكرة الرهن الضمنى ، فكرة العدالة ، ذلك أن صاحب العقار قد ساهم فى انتاج المحصول نظرا لانه ترك الارض للمستأجر ، وانتفاع المستأجر بها من أهم العناصر فى انتاج المحصول ، ولهذا يكون من العدل تفضيل أجرة الارض عند توزيع ثمن المحصول .

والواقع أن امتياز المؤجر يحقق مصلحة كل من المؤجر والمستأجر ، اذ يحصل المؤجر بمقتضاه على التأمين فيبعث الثقة فى نفسه ، وبالتالى لا يتغالى فى فرض الشروط على المستأجر أو تطلب ضمانات قد لا يتسنى لهذا الاخير تأديتها ، ولهذا كان الامتياز فى صالح المستأجر كذلك اذ لا يحرم من استعمال منقولات الوارد عليها الامتياز مع عدم ارهاقه بتقديم ضمانات أخرى .

٣٢٢ـ <u>الحق الممتاز</u>: كل ما هو مستحق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار يكون ممتازا فى حدود ما نصت عليه المادة ١١٤٣ / ١ ، فبالنسبة للاجرة يكون للحق امتياز لمدة لا تتجاوز سنتين ، أو لمدة الايجار ان قلت مدته عن السنتين ، ولم يذكر المشرع ما اذا كانت مدة السنتين اللتين يضمنهما الامتياز سابقتين على التوزيع أم أى سنتين ، فالنص مطلق ، ومقتضى ذلك أن يكون الامتياز ضامنا لاى سنتين ، ولكنا نرى أنه نظرا لما قد يثار حول ذلك من اشكالات ، خاصة اذا اختلفت الاجرة فى بعض السنوات عنها فى الاخرى ، فانه كان يجب أن ينص على أن يضمن الامتياز أجرة السنتين الاخيرتين .

كما يضمن الامتياز فضلا عن الاجرة على النحو السابق ، أى حق آخر للمؤجر يستند الى عقد الايجار ، كمبلغ تعويض عن تلف العين المؤجرة أو عن اساءة استعمالها ، ولهذا لا يضمن الامتياز مبالغ أخرى لا تستند الى عقد الايجار ، كقرض مثلا .

ولكى يكون الحق ممتازا فى الحدود السابقة ، يجب أن نكون بصدد عقد ايجار صحيح صادر من ذى ولاية حتى ولو لم يكن مالكا للعين المؤجرة ، وأن يكون الايجار خاصا بمبان أو بأرض زراعية ، فلا يسرى الحكم على ايجار المنقول ، كما لا يسرى كذلك

في نظرنا ـ على ايجار غير المباني والاراضي الزراعية من العقارات كايجار الاراضي الفضاء، اذ النص يحدد الامتياز بأجرة المباني والاراضي الزراعية فقط. وقد أثير الخلاف حول ايجار المنازل المفروشة ، ونرى كذلك أن امتياز المؤجر يقوم بالنسبة لها فيضمن ايجار المباني فقط على اعتبار أنها خالية ، أي دون الاثاث ، اذ يمكن القول أن هذا يدخل تحت عبارة "أجرة المباني" ، التي نص عليها القانون. ويقدر أجر المنازل المفروشة باعتبارها خالية على أساس أجر المثل" .

٣٢٣ـ محل الامتياز:

يقع الامتياز" على ما يكون موجودا بالعين المؤجرة ،ومملوكا للمستأجر من منقول قابل للحجز ، ومن محصول زراعي" .

فمحل الامتياز اذن هو بصفة عامة المنقولات الموجودة بالعين ،سواء كانت العين المؤجرة من المباني أم من الاراضي الزراعية ،والمحصول الزراعي ،وذلك في حالة ما اذا كانت العين المؤجرة ارضا زراعية .

ولكن يقع الامتياز على المنقولات الموجودة بالعين ،يجب (١) أن تكون موجودة بالعين فانظر ما ينص عليه القانون من الزام المستأجر بوضع منقولات في العين المؤجرة (المادة ٥٨٨ مدني) فاذا خرجت بعلم الموجودون معارضته انقضى الامتياز .

(٢) ويلزم أن تكون المنقولات قابلة للحجز عليها ، حتى تتحقق الغاية من الامتياز .

(٣) وأخيرا يجب أن تكون المنقولات مملوكة للمستأجر .هذا ما نصت عليه المادة ١١٤٣/١ ،ولكن المشرع نص بعد ذلك في الفقرتين التاليتين من المادة نفسها على حالات لا تكون فيها المنقولات مملوكة للمستأجر مع ثبوت الامتياز عليها ،فنص على أنه " يثبت الامتياز ولو كانت المنقولات مملوكة لزوجة المستأجر ، أو كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن المؤجر كان يعلم وقت وضعها في العين المؤجرة بوجود حق للغير عليها"

وعلى ذلك ،فان الامتياز يثبت على المنقولات المملوكة للزوجة ،سواء كان المؤجر يعلم وقت وضعها انها مملوكة لهذا لم يعلم بذلك . كما يثبت على المنقولات المملوكة للغير

بشرط أن يثبت أن المؤجر لم يكن يعلم عند وضعها أن للغير حقا على هذه المنقولات وكل هذا " دون اخلال بالاحكام المتعلقة بالمنقولات المسروقة أو الضائعة " . وعلى ذلك اذا كان المنقول الموجود في العين مسروقا أو ضائعا فان لمالكه أن يسترده خلال ثلاث سنوات من وقت السرقة أو الضياع ، ولا يكون للمؤجر أن يتمسك بامتيازه في مواجهة مالكها ولو كان هذا المؤجر حسن النية .

أما بالنسبة لمنقولات ومحصولات المستأجر من الباطن ، فان الامتياز يقع عليهما أيضا - كما تقضي المادة ١١٤٣ / ٣ : " اذا كان المؤجر قد اشترط صراحة عدم الايجار من الباطن ، فاذا لم يشترط ذلك فلا يثبت الامتياز الا للمبالغ التي تكون مستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة المستأجر من الباطن في الوقت الذي ينذره فيه المؤجر " .

وفي هذا الصدد (مع مراعاة أحكام قانون ايجار الاماكن) يمكن أن نفرق بين حالتين : حالة ما اذا لم يكن للمستأجر أن يؤجر من الباطن ، وفي هذه الحالة يقع الامتياز على المنقولات الموجودة في العين والمملوكة للمستأجر من الباطن ، وحالة ما اذا كان للمستأجر أن يؤجر من الباطن ، وهنا يقع الامتياز على المبالغ المستحقة للمستأجر الاصلي في ذمة المستأجر من الباطن وقت أن ينذره المؤجر .

٣٢٤ - مرتبة الامتياز

يأتي امتياز المؤجر في المرتبة السادسة بعد الامتيازات السابقة . واذا كان المنقول الذي أدخل في العين محملا بامتياز وكان المؤجر يجهل ذلك فلا يحتج عليه بالامتياز على المنقول ، على نحو ما قدمنا . وقد نصت المادة ١١٤٣ / ٣ على هذا ... بقولها : " تستوفى هذه المبالغ الممتازة من ثمن الاموال المثقلة بالامتياز بعد الحقوق المتقدمة الذكر الا ما كان من هذه الحقوق غير نافذ في حق المؤجر باعتباره حائزا حسن النية " .

٢٢٥ـ الضمانات القانونية لحماية امتياز المؤجر:

يخول المشرع للمؤجر ضمانات يستطيع بمقتضاها أن يحافظ على امتيازه ،من ذلك أنه يكون للمؤجر الحق في حبس المنقولات وفي استردادها طبقا لما تقضي به المادة ٥٨٩ بصدد عقود الايجاره وله أن يلجأ الى سبيل الحجز التحفظي طبقا لما تقضي به المادة ٣١٧ ـ مرافعات ،كما يخول له القانون تتبع المنقول لمباشرة حقه ،وقد نصت المادة ١١٤٣/ ٥ على أنه: " اذا نقلت الاموال المثقلة بالامتياز من العين المؤجرة على الرغم من معارضة المؤجر أو على غير علم منه ،ولم يبق في العين أموال كافية لضمان الحقوق الممتازة ، بقي الامتياز قائما على الاموال التي نقلت ،دون أن يضر ذلك بالحق الذي كسبه الغير حسن النية على هذه الاموال" .وعلى هذا خرجت المنقولات في هذه الحالة كان للمؤجر أن يتتبعها ،ما لم يصطدم حقه بحق الحائز حسن النية.

ومع ذلك فان المشرع يخول للمؤجر التتبع في الحالة السابقة " حالة خروج المنقولات" رغم معارضته ، أو دون علمه حتى ولو في مواجهة من يتمسك بقاعدة الحيازة ،ويجعل امتيازه قائما خلال ثلاث سنوات من وقت نقل المنقولات اذا قام المؤجر بتوقيع حجزا ستحقاقي عليها في الميعاد القانوني .

فاذا بيعت المنقولات سالفة الذكر الى مشتر حسن النية في سوق عام أو في مزاد علني أو ممن يتجر في مثلها ،فانه لايكون للمؤجر ـ حتى ولو أوقع الحجز الاستحقاقي في الميعاد القانوني ـ أن يباشر امتيازه عليها ،الا اذا رد الثمن الى من اشتراها .

(٢) امتياز صاحب الفندق

٢٢٦ـ سبب تقريره ومعناه:

يقرر القانون لصاحب الفندق امتيازا على امتعة النزيل ، ضمانا لما يستحق له بسبب اقامته في الفندق ،وفي هذا الضمان حماية له لعدم علمه بحالة النزيل المالية ومبنى هذا الامتياز فكرة الرهن الضمني كما هو الحال في امتياز المؤجر .

٣٢٧- الحق الممتاز:

نصت المادة ١١٤٤/١ على أن " المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن أجرة الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، يكون لها امتياز على الامتعة التي أحضرها النزيل في الفندق أو ملحقاته " .

والامتياز يتقرر لحق صاحب فندق . ولفظ فندق ينصرف الى الاماكن المخصصة لايواء الغير من النزلاء ، سواء كانت فنادق بهذا المعنى أم بنسيونات كما يمتد الى ما يعتبر من ملحقاته ، ولكنه لا يمتد الى غير ذلك من الغرف المفروشة . ويضمن الامتياز المبالغ المستحقة لصاحب الفندق في ذمة النزيل عن الاقامة والمؤونة وما صرف لحسابه ، فيدخل النوم والطعام والشراب للنزيل ومن معه ، وكذلك ما أعطى له قرضا . ويضمن الامتياز المبالغ السابقة عن آخر مرة نزل فيها لا عن المرات السابقة .

ولا يقصد بالنزيل السائح ، فقد يكون من البلد نفسها .

٣٢٨- محل الامتياز:

يقع الامتياز على الامتعة التي أحضرها النزيل معه في الفندق أو في مكان ملحق ، ويدخل في الامتعة والمجوهرات ، ويقع الامتياز على الامتعة حتى ولو كانت غير مملوكة للنزيل ما دام صاحب الفندق لا يعلم أنها مملوكة لغيره . فاذا كانت مملوكة للغير ولم يثبت أن صاحب الفندق كان يعلم وقت ادخالها عنده بحق الغير عليها ثبت عليها الامتياز ، بشرط ألا تكون تلك الامتعة مسروقة أو ضائعة اذ يكون لصاحبها في هذه الحالة أن يستردها في ثلاث سنوات .

واذا نقلت الامتعة بغير رضا صاحب الفندق كان له أن يستردها ما لم يكتسب الغير حقا يكون نافذا قبله ، وليس لصاحب الفندق توقيع حجزا استحقاقيا كالمؤجر ، وقد نص على هذا الحكم في الفقرة ٢ من المادة ١١٤٤ اذ جاء " لصاحب الفندق أن يعارض في نقل الامتعة من فندقه ما دام لم يستوف حقه كاملا . فاذا نقلت الامتعة

رغم معارضته أو دون علمه فان حق الامتياز يبقى قائما عليها مدون الاخلال بالحقوق التى كسبها الغير بحسن نية" .

٣٢٩ - مرتبة الامتياز:

تأتى مرتبة امتياز صاحب الفندق مع مرتبة امتياز المؤجر . فاذا تزاحم الحقان ، قدم الاسبق فى التاريخ ، ما لم يكن غير نافذ بالنسبة للآخر . فاذا أخرج المستأجر بعض الامتعة ضمن العين المؤجرة (دون علم المؤجر) ونزل بها فى فندق صاحبه لا يعلم أن للمؤجر امتيازا على هذه الامتعة ، وحجز المؤجر حجزا استحقاقيا فى الميعاد ، فان امتياز المؤجر وهو الاسبق فى التاريخ ، هو الذى يقدم . اما اذا لم يحجز المؤجر فان امتيازه لا يكون نافذا بالنسبة لصاحب الفندق فيتقدم امتياز هذا الاخير . وكذلك اذا اخرج النزيل امتعته ووضعها فى عين مؤجرة وكان المؤجر حسن النية فكان امتيازه مقدما لان امتياز صاحب الفندق وهو الاسبق فى التاريخ لاينفذ فى حقه (المذكرة الايضاحية) .

سابعا - امتياز بائع المنقول وامتياز المتقاسم فيه

(١) امتياز بائع المنقول

٣٣٠ - معنى الامتياز:

يقوم هذا الامتياز على أساس أن البائع هو الذى أدخل المنقول فى ذمة المدين ، فأفاد بذلك باقى الدائنين ولهذا كان من العدالة أن يتقدم بما له من الثمن وملحقاته .

٣٣١ - الحق الممتاز:

يضمن الامتياز ما يستحق لبائع المنقول" من الثمن وملحقاته" ولهذا يتعين أن يكون الامر متعلقا بالثمن أو بجزء منه وكذلك بملحقاته من فوائد ومصروفات ، وعلى ذلك لا يضمن الامتياز مبالغ التعويض أو أى دين آخر نشأ عن عقد البيع غير ما تقدم .

فلا يضمن مثلا التعويضات التي يلتزم بها المشترى لاخلاله بالتزام من التزامات ، سواء كان التعويض اتفاقيا أم قضائيا ، وهذا بخلاف ما ذكر بالنسبة لعقد الايجار ، اذ يضمن امتياز المؤجر كل حق للمؤجر بمقتضى عقد الايجار .

كما يجب أن يكون هناك عقد بيع صحيح ، وان يكون البيع واردا على منقول .

٣٣٢ــ محل الامتياز:

يقع الامتياز على الشيء المبيع ما دام محتفظا بذاتيته ، ولم يكسب عليه الغير حقا ينفذ قبل البائع . فاذا فقد المبيع ذاتيته زال عنه الامتياز ، واذا اكتسب الغير عليه حقا وتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول ، ما كان للبائع أن يتتبع المنقول بين يديه . أي أنه اذا كان الاصل أن للبائع أن يتتبع المنقول ، فانه لا يكون له ذلك اذا اصطدم حقه بحق حائز يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول .

واذا ألحق المنقول بعقار فأصبح عقارا بالتخصيص ، وشمله رهن على العقار وكان المرتهن حسن النية لا يعلم بالامتياز الذي للبائع على هذا المنقول ، فان الدائن المرتهن حسن النية يفضل على البائع . ذلك أن المشرع اذا كان يجعل الامتياز قائما على المنقول ، فان ذلك يكون " دون اخلال بالحقوق التي كسبها الغير بحسن نية " .

هذا ويكون للبائع امتيازه كذلك ما دام المشترى لم يفلس . فاذا أفلس هذا الاخير ، نفذ البائع امتيازه في مواجهة مجموعة الدائنين ، كما يفقد حقه في فسخ البيع واسترداد المبيع ، طبقا لما يؤخذ به في القانون التجاري .

٣٣٣ــ مرتبة الامتياز:

يأتي هذا الامتياز بعد الامتيازات السابقة الواقعة على منقول ، مع مراعاة أنه يسري في حق المؤجر وصاحب الفندق اذا كانا يعلمان به وقت وضع المبيع في العين المؤجرة أو الفندق .

(٢) ـ امتياز المتقاسم في المنقول

٣٢٤ ـ معنى الامتياز:

للشركاء الذين اقتسموا منقولا حق امتياز عليه، تأمينا لما تخوله القسمة من حق رجوع كل منهم على الآخرين. ويقوم هذا الامتياز على اعتبارات قريبة من تلك التي يقوم عليها امتياز البائع، إذ أن المتقاسم يعتبر أنه قد أوجد محل الامتياز في ذمة المدين فمن العدل أن يتقدم على غيره من دائني المدين.

٣٢٥ ـ الحق الممتاز:

الامتيازات التي تنشأ من عقد القسمة، وهي ثلاثة: ضمان الاستحقاق، والالتزام بدفع المعدل، والالتزام بدفع ثمن التصفية.

٣٢٦ ـ محل الامتياز:

يقع الامتياز على الحصة المفرزة التي وقعت في نصيب كل متقاسم.

٣٢٧ ـ مرتبة الامتياز:

يتساوى الحق الممتاز هنا مع مرتبة امتياز البائع، فإذا تزاحما قدم الاسبق. فإذا كانت القسمة بعد البيع، قدم امتياز البائع، وإذا كان البيع بعد القسمة قدم امتياز المتقاسم.

المبحث الثاني: حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على عقار

٣٢٨ ـ بيان تلك الحقوق:

عرضنا فيما سبق للطائفة الأولى الأولى من الحقوق الممتازة، وهي حقوق الامتياز العامة، وحقوق الامتياز الخاصة الواقعة على منقول، ورأينا كيف رتب المشرع بينها.

وفي هذا المجال نعرض لما تبقى من حقوق الامتياز، طبقا للتقسيمات التي رأيناها فيما سبق، وهي حقوق الامتياز الخاصة الواقعة على العقار، وهذه الحقوق تشمل: امتياز

ما يستحق لبائع العقار ، وامتياز ما يستحق للمقاولين والمهندسين المعماريين ،وامتياز المتقاسم في العقار .ونعرض لها بهذا الترتيب الذى أورده المشرع ،مع مراعاة أنــه يسرى على هذه الطائفة من الحقوق الممتازة أحكام الرهن الرسمى ،طبقا لما بينــــا (أنظر م ١١٣٤) .

أولا ـ امتياز ما يستحق لبائع العقــــــار

٣٣٩ ـ نص القانون ـ الحق الممتاز ومحله ومرتبته :

نصت على هذا الامتياز المادة ١١٤٧ بقولها : " (١) ما يستحق لبائع العقـار من الثمن وملحقاته ،يكون له امتياز على العقار المبيع . (٢) ويجب أن يقيد الامتيــاز ، ولو كان البيع مسجلا ، وتكون مرتبته من وقت القيد " .

فالحق الممتاز هو الثمن وملحقات من فوائد ومصروفات ،كما هو الشأن بالنسبة لامتياز بائع المنقول .

أما محل الامتياز ، فهو العقار المبيع .وأما مرتبة الامتياز ، فانها تتحدد بالقيد ، كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمى ،وتكون الافضلية للاسبق فى القيد .

ثانيا ـ امتياز المبالغ المستحقة للمقاول والمهندس المعمارى

٣٤٠ ـ نص القانون ـ الحق الممتاز ومحله ومرتبته :

نصت على هذا الامتياز المادة ١١٤٨ ،ومبناه أن من العدالة أن يتقدم أصحاب هذا الامتياز لما تسببوا فيه من زيادة فى قيمة العقار .

الحق الممتاز : هو المبالغ المستحقة للمقاولين والمهندسين المعماريين لتشييد أبنية أو منشآت أخرى أو ترميمها أو صيانتها ،انما يلزم لذلك أن يكون المقـــاول أو المهندس قد عهد اليه بعمل من الاعمال سالفة الذكر ،فاذا قام بها من تلقاء نفســه لا يستفيد من هذا الامتياز ،واذا ما عهد الى المهندس أو المقاول بعمل ما تحققت

فلا يهم أن يكون من عهد بهذا العمل إلى أى منهما هو المالك أو الحائز .

محل الامتياز: يرد الامتياز على المنشآت التي قام بها المقاول أو المهندس ، ولكن بقدر ما زاد في قيمة العقار وقت بيعه بسبب هذه الاعمال ، أى انه لكى يستحق الامتياز على ما زاد في القيمة يجب أن تظل تلك الزيادة الى وقت البيع . وهذا الحكم يختلف عن امتياز مصروفات الصيانة في المنقول ، فالامتياز يقع على كل المنقول لا على ما زاد فيه بسبب هذه المصروفات ، كما تقدم .

مرتبة الامتياز: يجب قيد الامتياز وتتحدد مرتبته من وقت القيد (أنظر كذلك المادة ١٠٣٦) .

ثالثا ـ امتياز المتقاسم في العقــــار

١٤١ ـ معنى الامتياز ومحله ومرتبته:

" للشركاء الذين اقتسموا عقارا حق امتياز عليه تأمينا لما تخوله القسمة من حق في رجوع كل منهم على الآخرين بما في ذلك حق المطالبة بمعدل القسمة ، ويجب أن يقيد هذا الامتياز وتكون مرتبته من وقت القيد (م ١١٤٩ مدنى) " ولا خلاف في هـذا الصدد بين الحق المستاز وبين ما سبق لنا بيانه في حالة امتياز المتقاسم في المنقـول أما عن محل الامتياز ، فهي الحصة المفرزة التي وقعت في نصيبه كما في المنقـول كذلك . ويجب قيد الامتياز في هذه الحالة ، وتتحدد المرتبة من تاريخ القيد .

فهرس

الصفحة

رقم البند : تمهيد :

الصفحة

الفصل الثالث

مصادر الكفالة

الفصل الرابع

الشروط التي يتطلبها القانون في الكفيل

الباب الثاني

انعقاد الكفالة

الفصل الاول

الرضى في الكفالة

الفصل الثاني

محل الكفالة

المبحث الاول : الوجود والامكان

الصفحة

الصفحة

الصفحة

رابعا ـ الدفع بالتجريد

الفصل الثاني

علاقة الكفيل بالمدين

المبحث الاول : رجوع الكفيل على المدين الواحد

أولا ـ الدعوى الشخصية

ثانيا ـ دعوى الحلول

المبحث الثاني : رجوع الكفيل في حالة تعدد المدينين

الصفحة

الفصل الثالث

علاقة الكفيل بغيره من الكفلاء

الباب الرابع

انقضاء الكفالة

الفصل الاول

انقضاء الكفالة بصفة تبعية

الفصل الثانى

انقضاء الكفالة بصفة أصلية

القسم الثانى

التأمينات العينية

الباب الاول

الرهن الرسمى

الصفحة

فصـــل تمهـــيدى

الفصل الاول

انشـــاء الرهن الرســـــى

الصفحة

الصفحة

المطلب الثاني : تخصيص الرهن

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الرسمي

الباب الثاني

حق الاختصاص

الفصل الاول

انشاء حق الاختصاص

الصفحة

الفصل الثانـــى

آثار حق الاختصاص ، وانتقاصه ، وانقضـــاؤه

الصفحة

الصفحة

الصفحة

الفصل الرابع

الاحكام الخاصة ببعض انواع الرهن الحيازى

الصفحة

الصفحة

***


Bibliotheca Alexandrina
0356557